Lecciones

TEORÍA DE LA PERSONALIDAD

PERSONAS NATURALES
PERSONAS JURÍDICAS

Alberto Lyon Puelma





TEORÍA DE LA PERSONALIDAD

PERSONAS NATURALES
PERSONAS JURÍDICAS

Lecciones

TEORÍA DE LA PERSONALIDAD

PERSONAS NATURALES
PERSONAS JURÍDICAS

Alberto Lyon Puelma





Ediciones Universidad Católica de Chile
Vicerrectoría Académica
Comisión Editorial

Casilla 114-D Santiago, Chile
FAX: 56-2-2225515

TEORÍA DE LA PERSONALIDAD
Alberto Lyon Puelma

Noviembre 1993
ISBN: 956-14-0314-5
Primera edición: 1.000 ejemplares

Diseño y Diagramación: Paulina Lagos I.
Diseño de Serie: Publicidad Universitaria
Impresión: Editorial Universitaria, S.A.

CIP - Pontificia Universidad Católica de Chile
Lyon Puelma, Alberto
Teoría de la personalidad: personas naturales,
personas jurídicas / Alberto Lyon Puelma
Incluye bibliografía
Incluye notas bibliográficas
1. Personas (Derecho) - Chile 2. Personas Jurídicas - Chile

1993 346.83012 dc20 RCAA2

SUMARIO

CAPÍTULO I
INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO II
INICIO Y FIN DE LA PERSONALIDAD NATURAL

INICIO DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS

DERECHO A LA INTEGRIDAD CORPORAL O PSÍQUICA

EL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD PRIVADA Y A LA PROPIA IMAGEN

CAPÍTULO IV
ELEMENTOS ESENCIALES DE LA PERSONALIDAD

Los Disipadores

Los Menores Adultos

EL PATRIMONIO

EL DOMICILIO

CAPÍTULO V
CONCEPTO Y ALCANCE DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

SECCIÓN PRIMERA: PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE NORMAS

SECCIÓN SEGUNDA: EL ABUSO DE LA FORMA DE LA PERSONA JURÍDICA

CAPÍTULO VI
CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

SECCIÓN PRIMERA: PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO

SECCIÓN SEGUNDA: PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO

CAPÍTULO VII
CONSTITUCIÓN, ESTRUCTURA Y RELACIONES INTERNAS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

SECCIÓN PRIMERA: PARTE GENERAL

SECCIÓN SEGUNDA: PARTE ESPECIAL

SOCIEDADES ANÓNINAS

PARTE ESPECIAL

SECCIÓN SEGUNDA: EL ÓRGANO ADMINISTRADOR O DE GOBIERNO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

PARTE GENERAL

PARTE ESPECIAL

SOCIEDADES ANÓNIMAS

SOCIEDADES COLECTIVAS

CAPÍTULO IX
PATRIMONIO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

SECCIÓN PRIMERA: CONCEPTOS GENERALES

SECCIÓN SEGUNDA: EL PATRIMONIO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS VINCULADAS

SECCIÓN TERCERA: DIVISIÓN DE SOCIEDADES

SECCIÓN CUARTA: FUSIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS

CAPÍTULO X
EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

AUTORES CITADOS Y BIBLIOGRAFÍA

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1. CATEGORÍAS JURÍDICAS

Todo ordenamiento jurídico se encuentra organizado y se desenvuelve alrededor de unos cuantos conceptos fundamentales "que tienen la propiedad de ser no resultados, sino instrumentos de la ciencia jurídica, no generalizaciones casuales de fenómenos jurídicos empíricos, sino categorías imprescindibles del pensamiento jurídico"[1]. En otras palabras, son conceptos que la misma ciencia jurídica ha construido para alcanzar por su intermedio los resultados que se propone. Como tales, no nacen de la observación de la realidad empírica ni constituyen tampoco el resultado de sucesivas apropiaciones o elaboraciones abstractas de relaciones humanas. Son formas puras, carentes de todo juicio valorativo que no sea la utilidad que prestan para una organización abstracta de las normas de conducta[2].

Así por ejemplo, no puede pensarse en orden jurídico alguno que no estructure las relaciones jurídicas sobre la base de derechos y deberes. A su vez, no cabe pensar en derechos y deberes sin sujetos en quienes residan o sin objetos a qué referirse.

La noción de persona es uno de estos conceptos fundamentales en que descansa la ciencia del derecho. Es uno de los métodos de ordenación de nuestra conciencia jurídica. Sólo mediante su intervención se puede entender que una cuestión concreta pueda articularse y proyectarse dentro de la totalidad del Derecho.

---

1 Radbruch Gustavo: "Filosofía del Derecho" (Editorial Revista de Derecho Privado, 4ta. Edición, Año 1959), pág. 50.

2 Stambler Rudolf: "Tratado de Filosofía del Derecho (Editorial Reus S.A., 1era. Edición, año 1930), pág. 289 y siguientes, contiene un amplio desarrollo del tema relativo a Categorías Jurídicas.

2. LA NOCIÓN DE PERSONA

En el lenguaje corriente, la palabra persona sugiere de manera inmediata y directa al hombre de carne y hueso, al ser humano. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, el término persona no indica una cosa o entidad que posea una existencia natural, así como tampoco desde el punto de vista del derecho podemos concebir sólo al hombre como esa unidad específica que denominamos persona.

Persona y hombre son conceptos sustancialmente diferentes. La palabra hombre da cuenta de una realidad. El concepto de persona da cuenta de una abstracción jurídica que expresa solamente el centro de convergencia de un conjunto de derechos y obligaciones. Por eso se define corrientemente a la persona como una entidad capaz de adquirir (centro de convergencia) derechos y obligaciones.

La personalidad es, en consecuencia, un producto del orden jurídico que éste puede ligar a cualquier sustrato de base estable. El hombre es persona, no por su naturaleza, sino por obra del Derecho. No necesariamente el hombre debe estar dotado de personalidad así como tampoco necesariamente debe ser la única cosa o entidad que sea considerada por el derecho como persona. La historia nos da un vivo testimonio de lo aseverado. Ella demuestra que por largo tiempo hubo una clase de hombres a los que se les negaba la calidad de sujetos de derecho, los esclavos. Es más, hasta hace poco tiempo la personalidad podía perderse por la muerte civil. El artículo 95 de nuestro Código Civil, hoy derogado, decía: "Termina también la personalidad, relativamente a los derechos de propiedad, por la muerte civil, que es la profesión solemne, efectuada conforme a las leyes, en instituto monástico, reconocido por la Iglesia Católica".

Por otra parte, es perfectamente posible y en nada afecta al derecho desde un punto de vista técnico que éste le reconozca personalidad, esto es, la posibilidad de ser titular de derechos y deberes a otras entidades distintas del hombre. En el Derecho Romano se admitía que algunos dioses, Apolo, Júpiter, etc. (Vep. 22.6) fueran instituidos herederos; y durante la edad media fueron reconocidas como válidas las disposiciones en favor de Jesucristo, de la Virgen, de los ángeles, etc.

No obstante lo anterior, existe en la doctrina una cierta inclinación a identificar el concepto de personalidad con el hombre real de carne y hueso. Se tendió a aceptar como un hecho indudable que el hombre era persona no por creación del derecho sino por su naturaleza intrínseca, como si desde el día en que fue creado trajo consigo la noción jurídica de la personalidad. Esto motivó que se mantuviera en la atmósfera del pensamiento jurídico la idea de que la *personalidad* del hombre no era un concepto creado y construido por el derecho, en circunstancias que la personalidad de las asociaciones humanas sí lo era[3]. Pero esta creencia no resulta efectiva. La personalidad jurídica individual es un concepto creado por el

---

3 Por ello, la personalidad de las asociaciones humanas debía ser concebida como una ficción, dado que difícilmente podrían éstas tener una existencia real o tangible como la del hombre de carne y hueso.

Derecho de la misma manera como lo es la personalidad del ente colectivo. La personalidad es una misma para el hombre como para las asociaciones y en ambos casos la han obtenido así como podrían obtenerla otras entidades.

En este sentido hay autores que han sostenido que "no hay diferencia alguna entre la personalidad jurídica individual y la colectiva; desde el punto de vista del derecho, es irrelevante que el sustrato de la personalidad jurídica sea una persona humana única o una pluralidad de personas unificadas idealmente por el orden jurídico. Como es irrelevante también que esta pluralidad de personas constituye a su vez, o no, una "persona" o incluso se trate de una entidad que deba a la ley su realidad"[4].

Sin embargo, debemos advertir -para templar la omnipotencia formal del derecho- que el orden jurídico es "la norma de convivencia humana, es un producto del espíritu humano y por consiguiente, tiene siempre por objeto el desarrollo y la garantía de los intereses sociales"[5]. No se puede negar que toda personalidad jurídica (individual o colectiva) presupone "ontológicamente el momento formal y abstracto de la persona humana: un ser con dignidad, un ser que es sujeto y no objeto, que posee libertad y sobre el cual gravita un destino"[6].

3. SUSTRATO DE LA PERSONALIDAD

Establecido que la personalidad es una forma jurídica y no un ente en sí, nos ocuparemos de los distintos sustratos a los que el Derecho o la doctrina moderna le atribuyen o sugieren atribuirle personalidad, esto es, la calidad de sujetos de derecho.

a) El Hombre

En primer lugar, sujeto de derecho es el hombre y lo es como el más inmediato y único portador originario de derechos subjetivos. La personalidad es un atributo del hombre en cualquier condición que éste se encuentre: enfermo, baldado, angustiado, loco, ajusticiado, anciano o infante. Nada importa, puede hallarse imposibilitado de ejercer sus derechos, pero los tiene. En este sentido, es exacto lo que sostiene Radbruch[7]: "El hombre no es persona en cuanto ser únicamente compuesto de cuerpo y alma, sino porque él, ante el parecer del orden jurídico, se manifiesta como un fin en sí". El hombre no es otra cosa que la unidad de la vida jurídica[8], y toda persona reconocida por el Derecho debe necesariamente estar integrada por hombres o por intereses humanos. El fin del Derecho es el hombre,

---

4 Legaz y Lacambra: "Introducción a la Ciencia del Derecho" (Editorial Bosch, Barcelona, 1943), pág. 514.
5 Ferrara Francisco: "Teoría de la Persona Jurídica" (Editorial Bosch, Barcelona, 1943), pág. 154.
6 Legaz y Lacambra, op. cit., pág. 511.
7 Radbruch, op. cit., pág. 172.
8 Ferrara Francisco, op. cit., pág. 336.

de suerte que resulta inconcebible desde el punto de vista lógico que el sustrato de la personalidad jurídica pudiere estar constituido por algo que fuere ajeno al hombre o a sus intereses.

b) Asociaciones humanas

En segundo lugar, sujeto de derecho es también un conjunto de asociaciones humanas a las cuales el derecho positivo les reconoce u otorga personalidad jurídica. En estos casos, el sustrato real que se encuentra detrás de estos entes colectivos es siempre una asociación, es decir, una pluralidad más o menos variable de individuos o de intereses humanos. Ferrara ha definido la personalidad jurídica como "la vestidura orgánica, con la que ciertos grupos de hombres o establecimientos se presentan en la vida del derecho, es la configuración legal que asumen para participar en el comercio"[9].

Es menester advertir que no necesariamente toda asociación de individuos goza de personalidad jurídica. Sólo lo hacen aquellas creadas bajo la forma que el Derecho Positivo considera para atribuir tal beneficio. No obstante, el sustrato de unas y otras es siempre el mismo. En este sentido, la única diferencia esencial que existe entre un club social y una corporación es que el primero no goza de personalidad jurídica y la segunda sí. Sin embargo, es necesario considerar que existen muchos intereses humanos que no son únicamente del individuo sino comunes a un grupo de seres humanos y que sólo pueden satisfacerse por la cooperación ordenada y duradera de esa pluralidad. Este objetivo se puede conseguir desde luego de forma que todos los individuos asociados sean sujetos de los derechos subjetivos y de las obligaciones: Asociaciones sin personalidad jurídica. "Pero entonces la unión o conjunto se halla en situación dependiente de las personalidades individuales, lo cual constituye un obstáculo para el logro de fines permanentes"[10]. Por tal motivo, el Derecho consagra una alternativa que en cierto sentido es opuesta a la anterior, puesto que gozando del beneficio de la personalidad jurídica, en realidad, cada individuo se subordina a la totalidad desde el momento que las fuerzas de cada cual operan en una dirección determinada por el fin de la asociación, y por ende la voluntad de la asociación está o pasa a estar digamos que por sobre la voluntad de los individuos que la conforman.

c) El Patrimonio

El patrimonio es una operación conceptual que designa solamente un conjunto de bienes vinculados al pago de un conjunto de obligaciones. Como tal, no es un concepto jurídico autónomo sino dependiente del concepto de obligación[11],

---

9 Ferrara Francisco, op. cit., pág. 342.

10 Enneccerus Ludwig: "Derecho Civil. Parte General" (Editorial Bosch. Buenos Aires, 1948), pág. 436, Tomo I.

11 Bustamante Luis: "El Patrimonio, Dogmática Jurídica" (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979), pág. 17.

toda vez que la razón de su tratamiento unitario por parte de la legislación positiva es la de colocar a un conjunto de bienes como adscritos al pago de un conjunto de obligaciones o, lo que es igual, la de "servir de vinculación entre ciertos bienes y ciertas obligaciones y responsabilidades que están llamados a satisfacer"[12]. El concepto de patrimonio surge entonces con motivo del derecho de prenda general de los acreedores. Nace por aplicación del artículo 2465 del Código Civil desde el momento que toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros.

Ahora bien, existen numerosas doctrinas y concepciones sobre el patrimonio, pero, a pesar de que la discusión ha durado por lo menos 100 años, ninguna de las concepciones en boga ha podido excluir a las otras, fundamentalmente porque ninguna tiene toda la razón y ninguna está totalmente equivocada. Cada una ha partido desde una visión parcial de las cosas, lo que ha provocado que todas ellas hayan interpretado correctamente la realidad, pero ninguna toda la realidad.

Bonelli ha sido el autor de una de esas teorías. Aquella que considera al Patrimonio como el sustrato de la personalidad jurídica de derecho privado. Para este autor, "las relaciones jurídicas de derecho privado se dan siempre entre unidades patrimoniales, en el interior de las cuales no sólo el individuo humano, solo o asociado con otros individuos, es parte integrante, sino que, a veces, representa únicamente un instrumento para relaciones de acción, o bien un investido temporal que saca provecho del patrimonio, el cual existe para un fin que trasciende individualidad"[13]. El investido temporal no es otro que el sujeto que administra y que, en ocasiones, se contrapone al sujeto que goza el que puede incluso faltar[14]. Este autor sostiene en otras palabras que lo que tienen de común las personas naturales y los distintos tipos de personas jurídicas es el concepto de patrimonio, lo que hace pensar que el único sustrato verdaderamente importante de la personalidad es éste.

La tesis de Bonelli es, en cierto sentido, correcta. El patrimonio también sirve de sustrato para la personalidad jurídica de derecho privado. La tesis de Bonelli permite explicar a la perfección numerosas figuras jurídicas que no podrían entenderse sin recurrir a la doctrina en comentario. Las fundaciones de beneficencia pública no son asociaciones y no tienen miembros, de suerte que su sustrato no es otro que su patrimonio. Sin la teoría de Bonelli habría resultado difícil, por no decir imposible, explicar la naturaleza jurídica de las fundaciones. Por otra parte, los fondos mutuos y los fondos de pensiones, que desde el punto de vista formal carecen de personalidad jurídica, en el fondo son titulares de derechos y obligaciones y participan en la vida jurídica y económica tal como si fue-

12 Stitchkin David: "Curso de Derecho Civil Profundizado" ("Teoría General del Patrimonio"), Santiago, 1974, pág. 13.

13 Clemente de Diego: Instituciones de Derecho Civil Español (Madrid, 1959), Tomo I, pág. 285.

14 Bustamante Luis: op. cit., págs. 36 y 37.

ran personas que actúan representadas por otras, las que en estos casos son las Sociedades Administradoras de Fondos Mutuos o Fondos de Pensiones.

4. TEORÍAS QUE EXPLICAN LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PERSONAS MORALES

Tanto para la ciencia del derecho como para nuestra legislación positiva, resulta evidente que lo que se encuentra detrás de la personalidad natural es el hombre, esto es, un individuo de la especie humana cualesquiera sean su edad, sexo, estirpe o condición; y también les resulta evidente que no pueden desprenderse del hombre o de sus intereses para construir el estatuto jurídico que reglará todos los atributos de la personalidad natural y todos los derechos que aseguran al hombre el goce de esa personalidad. Luego, en la construcción jurídica del estatuto de las personas naturales, que en definitiva abarca prácticamente todo el derecho, no sólo se considera la personalidad natural como una noción abstracta y técnica sino que se penetra hasta encontrar su sustrato que es el hombre en sí mismo y también en sus intereses morales y económicos. Y así veremos, por ejemplo, que los contratos que celebren las "personas" pueden ser anulados por fuerza o dolo, lo que supone necesariamente al hombre concreto de carne y hueso y no una noción abstracta y técnica de la persona como mero sujeto de derechos y obligaciones.

Pero para la ciencia del derecho y para nuestra legislación positiva, si bien a estas alturas resulta claro qué es lo que se encuentra detrás de la persona jurídica, de manera alguna existe acuerdo en orden a determinar si ello debe ser considerado para construir el estatuto jurídico que reglará los atributos de las personas morales y su forma de actuar en la vida jurídica. No existe acuerdo en orden a si se puede penetrar la persona jurídica hasta encontrar al hombre que se encuentra detrás del velo corporativo, con todos sus intereses morales y económicos. No existe acuerdo en cuál es la forma que debe revestir dicha penetración. En fin, existen numerosas preguntas, interrogantes, que no son susceptibles de una respuesta única, puesto que, en el fondo, existen diversas maneras de abordar el problema.

No obstante, la tarea parte por desentrañar la naturaleza jurídica de las personas morales. Esto significa que se debe tener una respuesta clara cuando se trata de explicar qué es una persona jurídica. Las respuestas han sido, ciertamente, abundantísimas en la doctrina jurídica y ellas se han venido multiplicando y entrelazando (sobre todo entrelazando) con fecundidad. En su elaboración han intervenido -al decir de Ferrara- los más preclaros nombres del mundo jurídico.

El problema de la personalidad jurídica tiene estrechísima relación con el del derecho subjetivo. Los elementos del derecho subjetivo sólo encajan inmediatamente cuando su titular es un hombre de carne y hueso. Cuando se trata de personas jurídicas, es difícil encontrar el sujeto a quien le corresponde el poder jurídico[15].

---

15 Véase sobre el particular a Enneccerus, op. cit., Volumen Primero, pág. 292.

5. TEORÍA DE LA FICCIÓN

Esta teoría, que tiene sus orígenes en el derecho romano[16] y que debe principalmente a Savigny[17] su empadronamiento en la ciencia jurídica moderna, parte del supuesto, también enunciado por el mismo autor, que el derecho subjetivo es un poder atribuido a una voluntad y que en tal sentido sólo el hombre puede ser naturalmente sujeto de derechos en cuanto es el único ente que puede tener razón y voluntad. Por ello, la capacidad de goce o de derecho sólo le pertenece naturalmente a él y sólo a él.

Sin embargo -agrega Savigny- el derecho positivo puede modificar esta regla natural y "considerar la capacidad jurídica en relación con otros seres ficticios a los cuales se les llama personas jurídicas, es decir, personas que no existen sino para fines jurídicos y que aparecen al lado del individuo como sujetos de las relaciones de derecho"[18]. En otras palabras, el derecho positivo modifica el principio natural de que sólo el hombre puede ser sujeto de derechos y le atribuye "personalidad", esto es, capacidad de goce, a entes artificiales, ideales o ficticios, que no son el hombre y cuya capacidad no es natural sino artificial, creada por el derecho.

Estos entes ficticios a los cuales la ley atribuye personalidad no descansan, "ni en uno de sus miembros individualmente considerado, ni aun en todos sus miembros, sino en un conjunto ideal"[19]. Y agrega Savigny[20] que "en realidad, el total de los miembros que la componen, difiere esencialmente de la corporación misma".

Se concluye entonces que la persona jurídica o ficticia sólo tiene por sustrato algo que no existe realmente más que en la imaginación, pues, como se ha visto, para Savigny, el sustrato no es ni uno de sus miembros ni el total de sus miembros juntos. "Lo que se considera como sujeto jurídico de los bienes, lo que es fingido como persona no es más que "el fin general que les está asignado"[21], aunque se debe reconocer que para los más teóricos y abstractos partidarios de esta misma doctrina de ficción, la creación de la persona jurídica es creación de la nada[22].

La teoría de la ficción sienta dos principios fundamentales:

a) La entidad ficticia a la cual se atribuye personalidad jurídica y, en consecuencia, capacidad de derecho, no equivale ni a sus miembros individualmente

---

16 La teoría fue iniciada por Sinibald Fieschi (Inocencio IV, desde 1243).

17 Savigny Federico Carlos: "Sistema del Derecho Romano Actual" (F. Góngora y Compañía Editores, Madrid 1872), pág. 55 y 59.

18 Ibid.

19 Savigny, op. cit., pág. 60.

20 Ibid.

21 Ibid.

22 Ibid.

considerados ni a la suma total de ellos, por lo que se debe concluir, también, que el sustrato de la entidad no reconoce fundamento en ellos;

b) En realidad, el sustrato, o es el fin que le está asignado a la persona jurídica o, simplemente, es la nada.

No obstante, la doctrina de la ficción se armoniza con una opinión posterior. "En la corporación, se dice, el sustrato es una universitas personarum (universalidad de personas) entendiendo unas veces la suma de miembros actuales, otras la totalidad de los miembros presentes y ficticios, otras la ideal unidad de la totalidad; en las fundaciones el sustrato es una universitas bonorum (universalidad de bienes), un patrimonio[23].

Esta opinión, si bien reconoce que el sustrato de las personas jurídicas está constituido por las personas o por los bienes, según sea el caso, no concibe ni a unas ni a otros de una manera concreta sino formando parte de una "universalidad", lo que constituye también un concepto jurídico, puesto que ésta es, por definición, una entidad distinta a los bienes o personas que la conforman.

De los postulados mencionados se extraen las siguientes consecuencias prácticas:

1º El nacimiento y la extinción de las personas jurídicas depende de la voluntad o autorización del poder estatal. Ello resulta del hecho de que las personas jurídicas no son seres reales sino meras creaciones intelectivas de la ley. Por lo anterior, Savigny concluye que para el nacimiento de las personas jurídicas "no basta el acuerdo de muchos individuos o la voluntad del fundador, sino que además es requisito necesario la autorización del poder supremo del Estado, autorización tácita o expresa, resultado de un reconocimiento formal o de una tolerancia manifiesta, todo lo cual se considera como regla general"[24]. Fundamenta, además, la necesidad de la autorización estatal, en el peligro que significa abandonar en favor de las voluntades individuales la posibilidad de crear personas jurídicas, puesto que -señala- sería arrojar seguramente sobre el estado del derecho una grande incertidumbre, sin hablar de los abusos que podrían traer consigo si eran fraudulentos"[25].

"Una vez constituida la persona jurídica -agrega Savigny- no debe disolverse por la voluntad sola de sus miembros actuales, porque su existencia es independiente de la primera; sino que es necesaria aquí la autorización del poder supremo, tanto más cuanto que, de otra parte, las personas jurídicas pueden ser disueltas por la exclusiva decisión de la autoridad, no obstante la voluntad de sus miembros, si llegaren a comprometer la seguridad o los intereses del Estado"[26].

---

23 Ferrara, Teoría de la Persona Jurídica, op. cit., pág. 128.
24 Savigny, op. cit., párrafo LXXXIX, págs. 83 y 84.
25 Ibid., pág. 85.
26 Ibid., pág. 86.

2º Por ser la persona jurídica una entidad distinta que la de sus miembros, individual o colectivamente considerados, es inadmisible sostener que la persona ficticia muere a su vez por la falta de todos ellos pues descansa sobre un interés público y permanente. Y por esto, "el cambio total o parcial de sus miembros no toca a la esencia ni a la unidad de la corporación"[27].

3º "La propiedad del mismo modo que los derechos de otra naturaleza pertenecen a la persona jurídica considerada como unidad, y los miembros no tienen parte alguna estimados individualmente"[28].

4º Y porque la persona jurídica es un ser ficticio que no existe, y que sólo descansa en el fin o en los miembros presentes o futuros procede la devolución al Fisco del patrimonio de la persona extinguida[29].

5º Y como en realidad, el total de los miembros que componen la corporación difieren esencialmente de la corporación misma, cuando "se reunieran para obrar, esto no sería un acto del ser ideal a quien llamamos persona jurídica"[30]. En otras palabras, las personas jurídicas carecen de voluntad y de razón y por consiguiente, de la posibilidad de actuar por sí mismas. Para ello es menester que actúen por medio de representantes; y aún la voluntad de todos los miembros de la corporación reunidos en asamblea no sería la voluntad de la corporación sino la de sus representantes.

6º En cuanto a la responsabilidad criminal de las personas, Savigny[31] ha dicho que "el derecho criminal considera al hombre natural, es decir, a un ser libre, inteligente y sensible: la persona jurídica, por el contrario, se encuentra despojada de estos caracteres, siendo sólo un ser abstracto capaz de goce, y que el derecho criminal no podría mezclarse en su esfera de acción; la realidad de su existencia se funda sobre las determinaciones de representantes que, en virtud de una ficción, son consideradas como sus propias determinaciones; y una representación parecida, que excluya la voluntad propiamente dicha, puede tener efecto en cuanto al derecho civil, nunca en cuanto al derecho penal". Luego, las personas jurídicas son incapaces de responsabilidad criminal. Y esto se confirma aún más, para la teoría de la ficción, porque, siendo el bien común el único fundamento de la creación del ente, la autorización del Estado para la actuación de ellas por medio de sus representantes se restringe sólo al ámbito de los actos lícitos, nunca a los ilícitos. En otras palabras, por los actos ilícitos responden criminalmente las personas naturales que directamente hayan intervenido en ellos.

7º En cuanto a la responsabilidad civil por los delitos o cuasidelitos civiles y

27 Ibid., págs. 87 y 64.
28 Ibid., pág. 90.
29 Ferrara, op. cit. "Teoría de la Persona Jurídica", pág. 133.
30 Savigny, op. cit., pág. 89.
31 Ibid., pág. 106.

criminales, Savigny considera, que no se le puede imputar responsabilidad a la persona jurídica misma, toda vez que el delito o cuasidelito importa siempre "dolo" o "culpa", y, en este sentido, "no se les puede imputar más a las personas jurídicas que a los impúberes o incapaces"[32]. En consecuencia, las personas jurídicas carecen de responsabilidad civil por los delitos o cuasidelitos de sus representantes u órganos de administración, aun cuando ellos manifiesten que obraban en su representación. Pero las personas jurídicas son responsables y por tanto deben devolver o restituir el beneficio que les hubiere reportado el fraude de sus jefes o miembros directivos[33].

8º En cuanto a la responsabilidad contractual de las personas jurídicas, Savigny ha sostenido que no puede dejar de aceptarse o instituirse porque las obligaciones y derechos que nacen de los actos o contratos le son imputadas en virtud de su capacidad de goce y de las actuaciones de sus representantes dentro de sus facultades. Y resulta también responsable por el dolo o culpa cometido por sus representantes en uno de los contratos; y ello porque -según señala- "se trata de una modificación inseparable de la obligación principal, y la voluntad de la persona jurídica es tan indiferente como la de una persona natural cuyo apoderado hubiese cometido en un contrato dolo o una falta cualquiera"[34].

El gran problema de la teoría de la ficción es que creyó ver un mero artificio ahí donde existía una realidad concreta. Y a fuerza de considerar artificial y ficticia la personalidad jurídica, estableció sobre esa base una serie de consecuencias prácticas que no se justificaban ni eran convenientes. El primer gran postulado desde el cual Savigny desprende el carácter artificial de las personas jurídicas es el hecho de que, en realidad, el hombre es el único sujeto de derechos, pues es el único que puede tener voluntad. "Ahora bien, esto no es verdad, porque si tal debiéramos admitir, procedería lógicamente negar la subjetividad de los niños y de los locos. Puesto que estos seres no tienen voluntad no deberían tampoco tener derechos"[35]. Y si es verdad que el hombre no es el único sujeto de derechos, ¿quién es en realidad el que está detrás de la persona jurídica? La teoría de la ficción renuncia a determinarlo y aún no llega a confesar su inexistencia. Esto lo hace llegar a consecuencias inexactas. "Ante todo crea un falso concepto de reconocimiento legal de las personas jurídicas, que interpreta como creación ex nihilo y concesión de un privilegio, siendo así que, por el contrario, tiene un diverso valor jurídico. Esto conduce a la idea desastrosa en materia de asociaciones de que el legislador tiene un arbitrio ilimitado en la concesión o denegación de la personalidad y puede caprichosamente suprimir las corporaciones reconocidas"[36]. "Además, acentúa marcadamente el divorcio entre el ente colectivo y sus miembros: los unos son extraños al otro; éste es independiente de aquéllos; no puede

32 Savigny, op. cit., pág. 109.
33 Savigny, op. cit., pág. 110.
34 Savigny, op. cit., pág. 109.
35 Ferrara, op. cit., Teoría de la Persona Jurídica, pág. 134.
36 Ibid., pág. 139.

ser tocado en su existencia ideal, y sobrevive también a la muerte de todos"[37]. El divorcio, sin embargo, no es tan marcado. Se debe reconocer que el patrimonio puede ir en ventaja de los miembros mismos y que extinguida la persona jurídica, pueda su patrimonio repartirse entre los miembros.

Finalmente, "se debe reconocer que las personas jurídicas son poderosas individualidades sociales que ejercen una función importantísima, como organizaciones de fuerzas y de iniciativas, como medios poderosos de actuación de fines generales que vence en intensidad y duración a la capacidad misma de los hombres singulares y ante los cuales éstos pasan casi a segunda línea"[38].

6. La posición de Jhering

Jhering no pretendió elaborar una teoría de la personalidad jurídica para determinar si la ficción debe ser admitida o rechazada o sustituida por otra concepción jurídica que el mismo no construye[39]. Para Jhering "todo derecho privado existe para asegurar al hombre una ventaja cualquiera, para venir en ayuda de sus necesidades, para salvaguardar sus intereses y concurrir al cumplimiento de los fines de la vida"[40]. Según este autor, es inconcuso que "los derechos que son el patrimonio de la persona jurídica aprovechan a los miembros aislados presentes o futuros) de la corporación. No es éste un efecto accidental (acción refleja), es el fin mismo de la relación. Los miembros aislados son los verdaderos destinatarios de la persona jurídica. Consideraciones prácticas quieren que los intereses comunes sean perseguidos, no por los miembros aislados, sino por el conjunto de estos miembros, representado por una unidad artificial"[41]. Para Jhering, el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido o, lo que es lo mismo, es la posibilidad jurídica del goce. En consecuencia, el verdadero titular del derecho es aquel al cual la ley le destina la utilidad del derecho. La misión del derecho no es otra que garantizar el goce. Según esto, ninguno puede engañarse sobre el verdadero sentido real y el fin de la relación que se oculta bajo la forma jurídica que es la personalidad moral. Ésta, en realidad, no tiene ni intereses ni fines, **y no puede tener derechos más que como un instrumento técnico necesario para corregir la falta de determinación de los sujetos**. "Cuando varias personas tienen derechos u obligaciones comunes, el ejercicio se complica: como medio de simplificación, se separa el lado interno de la relación, del lado externo. Técnicamente esta separación del lado subjetivo de la relación es efectuada por la creación de un ente **artificial** en el cual la relación se concentra y que figura **exteriormente como sujeto**. Pero este ente jurídico no es en realidad más que una **máscara**, es

---

37 Ibid.

38 Ibid.

39 Véase sobre el particular a Claro Solar Luis, "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado" (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979) Tomo V, pág. 400.

40 Citado por Claro Solar, op. cit., pág. 398.

41 Ibid., pág. 399.

el mecanismo que sirve de vehículo a las relaciones de la comunidad hacia el exterior, un intermediario"[42].

Como se puede apreciar, Jhering no pretendió atacar la teoría de la ficción, incluso parece que la justifica o la acepta como una necesidad técnica. Lo que ocurre es que su concepción del derecho templa la omnipotencia formal de la teoría de la ficción, que a ratos pretende sustraerse del verdadero contenido real de la "persona jurídica".

El aporte de Jhering a la teoría de la persona jurídica se basa, principalmente, en haberla concebido como un instrumento técnico insuperable, como una mera forma jurídica. Esta idea motivó sin duda a Ferrara y a muchos otros, según veremos.

El mérito de Jhering fue revelar que el derecho existe para un interés y para la satisfacción de intereses humanos, pero como dice Ferrara[43] esto forma el fin del derecho y no la esencia del derecho subjetivo. Si aceptásemos que éste -como dice Jhering- no es más que la posibilidad jurídica del goce, debiéramos también concluir que aquellos que gozan del derecho son los titulares del mismo. Y esto no es efectivo porque el goce es una facultad fisiológica que puede corresponder a otros seres de la naturaleza, incluso a las cosas inorgánicas y a los animales. Y como no podemos aceptar que ni unos ni otros sean sujetos de derechos, tenemos que concluir que la concepción de Jhering es, en cierta medida, errada.

El vicio de la concepción de Jhering nos lleva a no apreciar exactamente la esencia de las personas jurídicas. La persona jurídica no es un simple mecanismo, un intermediario artificial que permite asegurar el goce de individuos aislados o sujetos indeterminados. La persona jurídica es una modalidad de los asociados, es la configuración jurídica que la totalidad de los miembros reviste para conseguir permanentemente sus fines[44]. La persona jurídica es la traducción jurídica de un fenómeno empírico y el legislador "no interviene aquí abruptamente por motivos de oportunidad, para decir que hay unidad donde hay pluralidad"[45].

7. TEORÍA DE LOS PATRIMONIOS DE AFECTACIÓN

La teoría de los patrimonios sin sujeto o patrimonios de afectación fue elaborada por Brinz y Bekker y para ellos, "si se parte de la idea inicial de Jhering que el derecho no pertenece jamás sino a sus destinatarios, habrá que admitir que si los destinatarios no tienen más que una representación ideal y por lo mismo un goce indirecto, en lugar de destinatarios es preciso hablar de **destinación**; **y la fórmula de Jhering llegará a ser ésta: "Los derechos pertenecen a su destinación, destinatario cuando hay un destinatario directo, o fin ideal cuando sólo hay destinatarios indirectos o indeterminados, disimulados detrás de**

42 Ferrara exponiendo la posición de Jhering, op. cit., "Teoría de la Persona Jurídica", pág. 236.
43 Ibid., pág. 136.
44 Ibid., pág. 240.
45 Ibid., pág. 347.

una afectación ideal"[46]. La persona jurídica disimula en consecuencia sólo la existencia de un patrimonio afectado a la consecución de un fin.

Bekker profundiza en el terreno teórico la noción de sujeto de derecho. Con respecto a un derecho cualquiera -afirma- se pueden tener dos situaciones: la disposición y el goce. La disposición es el derecho a conducirse como dueño. El goce es el derecho de gozar materialmente de las ventajas que la cosa procura. La disposición sólo puede pertenecer a un ser dotado de voluntad; el goce puede pertenecer no sólo a un hombre sino a una cosa o un animal. Si el destinatario del goce es o no persona o sujeto de derecho importa poco, pues la cosa o el animal pueden reportar las ventajas de la disposición hecha en su favor, y el derecho en ciertos límites debe admitir estas disposiciones, aunque en principio sea hecho para el hombre, porque en el fondo lo que protege es la voluntad humana. Tal sería, para Bekker, la situación de las personas jurídicas y no hay para qué preocuparse de buscar en ellas un sujeto de derecho[47].

El mérito de esta teoría es haber acentuado la idea del fin, que es el punto central en torno al cual viene a constituirse un patrimonio. Pero la afectación de un patrimonio no explica por sí solo el sustrato de la personalidad jurídica. Es más, el fin no es una especialidad de ningún patrimonio sino el carácter general de todos. Incluso el patrimonio de una persona natural está destinado a la consecución de los fines que el individuo se propone. Hay casos en los que el sustrato de la personalidad jurídica no esta constituido por un patrimonio, precisamente porque éste no resultó relevante para la consecución de los fines de la entidad. Ahí tenemos el caso de los sindicatos en los que su objetivo se obtiene o puede obtenerse sin que exista patrimonio.

8. TEORÍA DE FERRARA

Francisco Ferrara, en una obra titulada "Teoría de las Personas Jurídicas", recogió parte importante de casi todas las doctrinas elaboradas sobre la naturaleza jurídica de las personas jurídicas, y después de hacer un minucioso examen de cada una de ellas, elaboró una doctrina propia, fruto más bien de un trabajo de selección, de coordinación y de síntesis. No pretendió decir nada nuevo sino simplemente agrupar en una sola y misma concepción las distintas teorías que se habían venido entrelazando en el transcurso del tiempo.

Para Ferrara la naturaleza de la persona es una cualidad abstracta, ideal, proporcionada por la capacidad jurídica y no resultante de la individualidad corporal y psíquica; persona es el hombre en el derecho, en cuanto es reconocido como ente jurídico, dotado de derechos subjetivos. Pero, el concepto de persona no coincide y es más amplio que el del hombre, y, por consiguiente, nada obsta a que haya personas que no sean hombres. Ferrara llega a la conclusión, aceptada por la

46 Claro Solar, op. cit., pág. 394.
47 Ibid.

doctrina dominante, que el término persona en el sentido técnico-jurídico, quiere decir sujeto de derechos.

Para Ferrara, persona es una categoría jurídica que por sí no implica ninguna condición de corporalidad o espiritualidad en el investido; el ser punto de reunión de derechos subjetivos basta formalmente para que haya un sujeto, y la cualidad de ser tal, forma la personalidad. Por tanto, personalidad es sinónimo de capacidad jurídica, de subjetividad de derechos y obligaciones, de receptibilidad de los efectos del orden jurídico y es una situación jurídica, un status, no un derecho.

El concepto de persona precedentemente diseñado es extraído por Ferrara después de haber analizado y determinado la naturaleza misma del derecho subjetivo. Ferrara estima que el derecho subjetivo no es más que un efecto del derecho objetivo, individualizado y hecho propio en el particular. El mandato de la ley se convierte en mandato del titular: el derecho pasa a ser su derecho. En otras palabras, el derecho subjetivo impone deberes de protección de los intereses humanos, y como reflejo surge en aquellos en cuyo favor son dictadas las normas, el poder de constreñir en favor propio al cumplimiento de éstas.

El derecho subjetivo es, en su esencia, un poder jurídico, que tiene por fuente el derecho objetivo, que se dirige contra los demás hombres, para obtener el cumplimiento de los deberes resultantes de las normas jurídicas con el fin de satisfacer los intereses humanos. Y el derecho subjetivo no puede concebirse como una relación transitoria que nace solamente en el momento del conflicto; existe también, siendo normales sus supuestos, antes de la colisión. El derecho es un poder constante, como es constante la eficacia del orden jurídico.

Al derecho subjetivo corresponde el deber jurídico, y se puede decir que el uno no es más que un derivado del otro. Y como el derecho subjetivo implica una potestad ideal jurídica, así el deber implica un estado de sujeción a la norma. La norma se impone a todos y exige coactivamente la observancia de sus mandatos. Por esto el derecho prescinde, aun cuando sus supuestos sean normales, de la voluntad o conciencia del destinatario del precepto, porque la función del derecho es regular relaciones sociales, no hacer tentativas de motivación. De aquí se sigue que, para Ferrara, pueda haber seres dotados de derechos subjetivos como portadores de derechos jurídicos, que no tienen potestad de querer, y como los niños de pecho, los ausentes y los locos, también otros entes ideales que al derecho objetivo le plazca revestir de tal cualidad.

Concluye sosteniendo que persona quiere decir titular de un poder o deber jurídico, de donde se desprende que no es necesario que el investido esté dotado de voluntad o sea centro de intereses. La personalidad es para Ferrara un producto del orden jurídico y surge por el reconocimiento del derecho objetivo. El hombre es persona no por la naturaleza sino por obra del derecho. La calidad natural del hombre, como de un ente racional y capaz de voluntad, es sólo la base ética, para que el derecho reconozca a todos los hombres personalidad. Pero el ser titular de derechos subjetivos no es innato al hombre, no es una cualidad inherente al individuo, sino una realización ideal que, sin el orden jurídico, es inconcebible. Anteriormente a una organización estatal el hombre no es persona, y aun constituido el orden jurídico, la historia demuestra que por largo tiempo ha habido una

clase de hombres a los cuales se les negó la calidad de sujetos de derecho, los esclavos.

9. TEORÍA DE KELSEN

Para Kelsen, el concepto de persona "sólo designa un haz de obligaciones, de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues de normas"[48]. Para él, la persona no es el hombre como lo considera la doctrina tradicional. El hombre -dice- no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. La persona física -añade Kelsen- designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo; la persona jurídica, en cambio, designa un conjunto de normas que regulan la conducta de una pluralidad de individuos. Sin embargo, en ambos casos la persona representa el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por esas normas.

En el caso específico de las personas jurídicas, sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Algo similar ocurre con los actos de la persona jurídica. Ellos, en rigor de verdad, son actos cumplidos por individuos, pero imputados a un ser ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. La persona jurídica se convierte así, en un punto de imputación de actos, derechos y obligaciones, es decir, una entidad ficticia a la cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por las normas jurídicas.

10. NUESTRA LEGISLACIÓN

Se dice que según una nota que aparece en el Proyecto de 1853, a propósito del art. 645 del Código Civil, Bello habría seguido las ideas de Savigny y de Pothier. Además, se argumenta que la propia definición de persona jurídica contenida en el artículo 545 del Código Civil, señala que éstos son entes "ficticios". Sin embargo, parece irrelevante determinar cuál es la doctrina por la que optó nuestro legislador, si se considera que la totalidad de sus prescripciones sobre personas jurídicas están ahí, contenidas en nuestra legislación. Se se quiere conocer cuál es la voluntad del legislador sobre un asunto determinado hay que estudiar la norma jurídica y no la doctrina en la que parece fundamentarse.

En todo caso, debe hacerse presente que nuestro Código Civil se apartó de la teoría de la ficción en muchas de sus consecuencias. Por de pronto, considera que las personas jurídicas son capaces de voluntad propia, circunstancia que es

---

48 Hans Kelsen: "Teoría Pura del Derecho" (Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina, 1960), pág. 72. Véase también la obra de Hans Kelsen, "Teoría General del Estado" (Editora Nacional, México, 1965), pág. 87 y siguientes.

rechazada por Savigny, según se ha visto. En efecto, el art. 550 del Código Civil establece expresamente que "la voluntad de la mayoría de la sala, que es la reunión legal de los miembros de la corporación, **es la voluntad de la corporación**". En cuanto a la responsabilidad civil de la persona jurídica por los delitos o cuasidelitos civiles o criminales cometidos por sus representantes, el Código de Procedimiento Penal, en su art. 39 se aparta, también, de la solución dada por Savigny. En efecto, el referido artículo 39 del Código de Procedimiento Penal hace responsable a la persona jurídica por los daños que provoquen los delitos y cuasidelitos cometidos por su representante, siempre que obraren dentro de la esfera de sus atribuciones.

PERSONAS NATURALES

CAPÍTULO II

INICIO Y FIN DE LA PERSONALIDAD NATURAL

I. INICIO DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS

11. QUIÉNES SON PERSONAS NATURALES

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 55 del Código Civil, son personas "todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición".

De esta manera, nuestro código atribuye personalidad jurídica a todo ser nacido de una mujer, rechazando, con ello, la doctrina imperante en la antigua legislación española[49-50] que sólo atribuía la personalidad a aquellos seres que presentaban signos característicos de humanidad.

Dicha doctrina reposa sobre la suposición de que la unión sexual de una mujer con un animal puede engendrar un ser que participe de ambas naturalezas; suposición actualmente desautorizada por la ciencia[51]; y, por consiguiente, intrínsecamente injusta, pues, además de las cargas que impone la vida a un ser de apariencia monstruosa, la ley le priva de la posibilidad jurídica de adquirir derechos y contraer obligaciones.

---

49 La Ley 5, título 23, Partida 4 decía: Non deben ser contados por fijos, los que nacen de mujer é non son figurados como homes, así como si tuviesen cabeza u otros miembros de bestia; mas si la criatura que nace, a figura de home, magüer haya miembros sobrejanos, o menguados, no le empece para heredar.

50 Sin embargo, en Derecho Comparado, por ejemplo, el artículo 91 del Código Civil Argentino, se exige que los entes presenten signos característicos de humanidad; el Código Civil Español, artículo 107 respecto al nacido, que desprendido del seno materno, nace con figura humana.

51 Véase sobre el particular, Alfredo Orgaz, "PERSONAS INDIVIDUALES" (Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1946), pág. 29, nota 20; puede consultarse, también, Cousiño Mac Iver, "MANUAL DE MEDICINA LEGAL" (Editorial Jurídica de Chile, 1975), pág.115.

Sólo excepcionalmente la apariencia del individuo puede revestir importancia para el derecho: ello ocurre cuando se trata de establecer si es uno o si son dos los nacidos. Si hay un solo cuerpo y dos cabezas se deberá considerar que son dos personas. En este sentido la cabeza decide[52].

12. INICIO DE LA PERSONALIDAD NATURAL

El artículo 74 del Código Civil dispone: "La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás".

De esta manera, la personalidad natural se inicia con el hecho del nacimiento, siempre que éste constituya un principio de existencia, pues, de lo contrario, aunque haya nacido la criatura, se reputará no haber existido jamás, si no sobrevivió un instante siquiera a la separación.

En consecuencia, nuestro derecho positivo le atribuye personalidad al individuo humano, siempre que concurran o hayan concurrido en él las siguientes características:

a) Que haya nacido, esto es, que se haya separado completamente de su madre; y

b) Que haya sobrevivido un instante siquiera a la separación.

Es menester recalcar que nuestro código civil no sostiene que la vida comienza con el nacimiento. Solamente le atribuye la condición de "persona" desde el momento de la separación completa de la madre.

Para nuestro derecho positivo resulta un hecho indudable que la vida humana comienza con la concepción y en consideración a este principio, protege la vida y los intereses del que está por nacer. Protege su vida que ya existe, y hace igual cosa con sus intereses teniendo en vista su eventual personalidad futura.

Sin embargo, si la criatura ha muerto en el vientre materno o no ha

---

52 Según Orgaz, op. cit., pág. 30, N° 21, Bevilaqua sostiene que "la penetración romana había dado a la cabeza (caput) la sede de la personalidad". Asimismo, de acuerdo con la "instrucción teológica-canónica-legal" dirigida al párroco americano, por el Obispo electo de Ancud, Justo de Alonso, en 1844, se dice: "Pueden ocurrir casos en que se dude si el monstruo que decididamente tiene forma humana, es uno o muchos hombres; si claramente aparece una cabeza y un pecho, aunque tenga 3 o 4 brazos o piernas, es un solo individuo completo, y un solo bautizo debe administrarse en la forma acostumbrada, pero si son 2 los pechos y las cabezas, conserva dos pies comunes, se juzgan dos individuos, cada uno de los cuales ha de ser bautizado separadamente; a menos que haya peligro de muerte".

sobrevivido un instante siquiera a la separación completa de su madre, para los efectos legales, se reputa no haber existido jamás.

13. El individuo debe haber nacido

El primer requisito o condición de la personalidad natural es que el individuo humano haya nacido, esto es, que se haya separado completamente de la madre.

Los medios empleados para efectuar la separación son indiferentes y el derecho no distingue entre el nacimiento natural y el que se obtiene de una operación quirúrgica. Tampoco importa distinguir si el parto se produjo en tiempo propio, prematura o tardíamente[53].

La separación ha de ser completa especifica el artículo 74. Por ello no bastaría que hubiera salido solamente la cabeza o parte del cuerpo, es menester que se encuentre fuera de la matriz[54], pero se discute, sin embargo, que sea necesario el corte del cordón umbilical o la expulsión de la placenta. En efecto, para algunos hay separación completa cuando la criatura ha salido del vientre materno y ha sido cortado el cordón umbilical o ha sido expulsada la placenta[55]. Para otros, sin embargo, no es necesario que haya sido cortado el cordón umbilical, pues esta circunstancia no integra necesariamente el hecho del nacimiento, siendo la intención del legislador sólo que el nacido haya vivido algún momento después de su completa extracción, cuestión de hecho no susceptible de una solución genérica y a priori[56].

Nosotros adherimos a esta última posición, tomando en consideración tanto las gravísimas consecuencias que provocaría la solución contraria, según la cual

---

53 Sin embargo, en los países que exigen, para atribuir personalidad, que el nacido presente características de humanidad, un nacimiento demasiado prematuro importaría, evidentemente, atendido el escaso tiempo de gestación, que el producto de la concepción carezca de algunos órganos característicos de humanidad.

54 La experiencia admite, sin embargo, que en algunos casos la criatura ha comenzado a vivir con vida propia antes de haber sido extraída completamente, es decir, durante la operación de parto.

55 Entre quienes opinan de esta manera se encuentra don Raimundo del Río: "ELEMENTOS DE DERECHO PENAL", III (Editorial Nascimento, 1936), pág. 370, quien distingue entre parto y nacimiento. Para él, el parto representa la simple expulsión de la criatura del útero materno, y ocurre aunque la criatura permanezca unida o aparentemente unida a su madre por el cordón umbilical; en cambio el nacimiento exige la separación completa de la criatura de la madre, o sea, no sólo su expulsión sino el cercenamiento del cordón umbilical, porque ése dice ser el mandato del legislador. En igual posición se encuentran Gustavo Labatout G.: "MANUAL DE DERECHO PENAL", Santiago, 1948, pág. 463; Luis Claro Solar: "EXPLICACIONES DE DERECHO CIVIL COMPARADO" (Editorial Jurídica), pág. 217, N° 410; otros autores que adoptan esta posición véanse en la obra de Antonio Vodanovic: "CURSO DE DERECHO CIVIL PARTE GENERAL Y LOS SUJETOS DE DERECHO", segunda parte (Editorial Nascimento), pág. 159, notas 2 y 3.

56 Conformes Orgaz, op. cit., pág. 39 y demás autores citados por éste; en nuestro país se manifiestan conformes Antonio Vodanovic, op. cit., pág. 159 y todos los demás citados por el mismo autor en nota 2.

el nacimiento quedaría subordinado a la voluntad humana, como también el hecho de que no es necesario en este caso recurrir a un elemento tan formal cuando, desde hace tiempo, la ciencia médica ha demostrado que la vida independiente de la criatura no depende del corte del cordón umbilical o de la expulsión de la placenta, sino de fenómenos naturales perfectamente demostrables. De esta manera, encontrándose la criatura fuera de la matriz y dando señales de vida independiente, y no un mero impulso vital de la madre, debe ser persona, aun cuando formalmente no haya sido cortado el cordón o expulsada la placenta.

La intención del legislador no es otra que considerar nacido a aquel que vive independientemente de su madre, esto es, que presente aquellos signos vitales propios de los individuos nacidos; y así, el problema sólo se reduce a estudiar el segundo elemento o condición de la personalidad, a saber: que haya sobrevivido un instante siquiera a la separación, problema mucho más arduo que el anterior.

14. LA CRIATURA DEBE SOBREVIVIR UN INSTANTE

El segundo requisito o condición de la personalidad es que la criatura haya sobrevivido un instante siquiera a la separación completa de su madre.

Pensamos que el legislador requiere, uniendo la idea de la separación completa con la de la sobrevivencia, que la criatura haya tenido, aunque sea un instante, vida propia y "no una mera prolongación del impulso vital recibido de la madre"[57-58].

En efecto, las funciones vitales del feto son distintas a las de los seres humanos nacidos. Así por ejemplo, en estos últimos existen "dos grandes sistemas circulatorios: el arterial y el venoso; la sangre se oxigena al paso por los pulmones y se distribuye por las arterias a los distintos órganos del cuerpo; regresa por las venas cargadas de ácido carbónico". En cambio, en el feto, "la sangre oxigenada es venida por la placenta, donde se producen intercambios por osmosis en los numerosos capilares de que se compone este órgano. La circulación por el cuerpo del feto se realiza sin intervención de los pulmones y sin que pueda diferenciarse claramente una sangre arterial y una venosa"[59].

Ahora bien, el legislador no se atiene al tipo o condición de la vida propia del recién nacido, ni si se mantendrá o no. Sólo prescribe que haya sobrevivido un momento siquiera a la separación. Esta posición se conoce con el nombre de "doctrina de la vitalidad", y se contrapone en sus postulados a la teoría de la viabilidad, que expondremos a continuación.

15. LA CUESTIÓN DE LA VIABILIDAD

Según la teoría de la viabilidad, la capacidad jurídica es atribuida al hombre

---

57 En este mismo sentido se inclina, al parecer, Victorio Pescio, quien utiliza, también, la expresión "propia". "MANUAL DE DERECHO CIVIL", III (Editorial Jurídica de Chile), pág. 22, Nº 468.

58 Orgaz, op. cit., pág. 41.

59 Cousiño Mac Iver, op. cit., pág. 123.

para que pueda satisfacer sus intereses, contribuir a sus necesidades y manejar su existencia. Por ello, resulta inútil conceder dicha capacidad a individuos que vienen al mundo condenados a morir en breve tiempo. Para esta doctrina, entonces, la personalidad jurídica del individuo humano depende de dos circunstancias o condiciones:

a) Que nazca vivo; y

b) Que nazca viable, esto es, con aptitud de vida[60].

Nuestro código, como se ha señalado, atribuye la personalidad a toda criatura que haya sobrevivido un instante siquiera a la separación.

16. PRUEBA DEL NACIMIENTO

Pensamos que debe probarse el hecho del nacimiento, pasando la ley a presumir que la criatura nació viva, porque eso es lo normal, lo corriente. Quien alegue que nació muerta o que no sobrevivió un instante siquiera a la separación, deberá probarlo[61].

La prueba del nacimiento se efectuará ordinariamente mediante el correspondiente certificado del Registro Civil. Éste se obtiene a solicitud de las personas señaladas en el artículo 29 de la Ley del Registro Civil[62], siempre que, de acuerdo con el artículo 21 del Reglamento Orgánico del Servicio de Registro Civil, se le compruebe al oficial civil la efectividad del hecho del nacimiento mediante certificado médico o partera que lo hubiere presenciado o por declaración de dos testigos conocidos.

A falta de esta prueba o cuando se pretenda impugnar la partida de nacimiento respectiva, procederán las demás pruebas legales, y en especial, el informe de peritos médico-legales, los cuales harán las pruebas científicas de rigor con el objeto de comprobar en el cuerpo inerte del recién nacido si alcanzó a sobrevivir un instante siquiera a la separación completa a la madre[63].

60 El Código Civil francés, por ejemplo, en el cap. 2° del T. I del libro III, artículo 725 sobre los requisitos para suceder establece: "Para heredar es preciso existir necesariamente en el momento en que la sucesión se determina. Por consiguiente, son incapaces de heredar: 1) El que aún no ha sido concebido; y 2) El niño que no ha sido viable.

61 El Código Civil de Argentina y el de Austria presumen que la criatura nació viva y la carga de la prueba recae sobre quien sostenga lo contrario.

62 El artículo 29 establece: Están obligados a requerir la inscripción las siguientes personas: 1) El padre, si es conocido y puede declararlo; 2) El pariente más próximo mayor de 18 años, que viviere en la casa en que hubiere ocurrido el nacimiento; 3) El médico o partero que haya asistido al parto, o, en su defecto, cualquiera persona mayor de 18 años; 4) El jefe del establecimiento público dueño de la casa en que el nacimiento haya ocurrido, si esto ocurriere en sitio distinto a la habitación de los padres; 5) La madre, en cuanto se halle en estado de hacer dicha declaración; 6) La persona que haya recogido al recién nacido abandonado; y 7) El dueño de la casa o jefe del establecimiento dentro de cuyo recinto se haya efectuado la exposición de algún expósito.

63 Sobre el particular, Cousiño Mac Iver, op. cit., pág.121, quien hace una exposición sobre las pruebas de la vida en el recién nacido.

17. NACIMIENTOS DOBLES O MÚLTIPLES

Nuestro Código Civil no ha dado reglas generales sobre este determinado particular, y por consiguiente, en caso de duda sobre quién nació primero no nos encontramos con norma alguna que solucione el problema de manera genérica.

No lo hizo, seguramente, porque después de la supresión de los mayorazgos y vinculaciones, la primogenitura perdió la importancia que tenía antes, por lo que no se justificaba dictar una norma especial que solucionara la cuestión en análisis.

Sin embargo, el problema continuó teniendo importancia para el goce de los censos y para la adquisición de las donaciones o herencias que pueden hacerse en favor del primogénito de alguien.

Para solucionar uno de los dos propósitos señalados, el artículo 2051 del Código Civil establece: "Cuando nacieren de un mismo parto dos o más hijos llamados a suceder, sin que pueda saberse la prioridad del nacimiento, se dividirá entre ellos el censo por partes iguales, y en cada una de ellas se sucederá al tronco en conformidad al acto constitutivo. Se dividirá de la misma manera el gravamen a que el censo estuviere afecto".

De esta manera, la disposición transcrita considera mayor al que nace primero, esto es, al que primero fue separado de su madre, cuestión de hecho que sólo puede dilucidarse por la vía de la prueba.

En caso de que dicha prueba no pudiera rendirse o no fuera concluyente, el código señala que el censo se dividirá por partes iguales.

La solución precedente debe también aplicarse por analogía a otras hipótesis semejantes y resolverse de esta manera la distribución de las donaciones, herencias o legados que deban hacerse a personas cuya primogenitura no es posible determinar[64].

18. DERECHOS DEFERIDOS AL QUE ESTÁ POR NACER

Se supone que aquel que no ha nacido todavía no es persona y, por lo tanto, no puede adquirir derechos y contraer obligaciones. Pero la aplicación práctica de un principio como el descrito contradice la realidad humana y natural, que reconoce la vida de la criatura que se encuentra en el vientre materno.

Como consecuencia del reconocimiento de esta existencia natural la ley protege los intereses del que está por nacer. "La doctrina más difundida ve en el concebido una "spres prolis", una esperanza de hombre, y las relaciones jurídicas que le afectan crean a su favor una expectativa, que se convertirá en derecho perfecto tan luego como llegue a existir y a constituir por el nacimiento un verdadero sujeto de derecho; en el entretanto, las domina la propia vacilación e inseguridad que a las adquisiciones condicionales"[65].

---

64 En este mismo sentido se inclina Claro Solar, op. cit., I, pág. 227, párrafo 425.

65 Felipe Clemente de Diego: "INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL", I, Madrid, 1959, pág.198.

De esta manera, el artículo 77 del Código Civil establece: "Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En caso del artículo 74 inciso 2, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido".

19. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DEFERIDOS AL QUE ESTÁ POR NACER

Muchas opiniones se han vertido tratando de explicar la naturaleza jurídica de los derechos deferidos a la criatura que se encuentra en el vientre materno; pero a pesar del tiempo transcurrido no ha sido posible aún lograr unanimidad de criterios en este punto, aunque existen posiciones más difundidas que otras y que gozan de mayor prestigio.

Se ha dicho que los derechos se defieren a la criatura bajo condición, dependiendo de que llegue a nacer o no. Para algunos, la condición es suspensiva[66]. Hay quienes han afirmado, por otra parte, que estos derechos son de naturaleza "eventual"[67]. Se ha sostenido también que constituiría un supuesto de persona incierta o indeterminada; pero estimamos que la criatura no puede ser considerada como tal, pues no es persona. Finalmente, hay quienes sostienen que se trata de la vinculación de un bien a un titular futuro[68], sin que quepa considerar a la criatura como sujeto de derechos subjetivos, encontrándose éstos, mientras la criatura no nace, sin pertenecer o sin estar vinculados a nadie.

Esta última parece ser la doctrina más aceptable. Nos encontramos en el caso de bienes o derechos que carecen de un titular presente; pero que tienen, ciertamente, un titular futuro, que no existe, pero que se espera que exista.

De la misma manera como pueden ser objeto de una declaración de voluntad no sólo las cosas que existen, sino también las que se espera que existan, pueden ser titulares de un derecho no sólo las personas que existen al tiempo en que se defiere, sino que también las personas que se espera que existan. Dichas personas deben estar, a lo menos, concebidas al momento en que se defiere el derecho, y para que entren en el goce del mismo deben detentar la calidad de personas -lo que supone nacimiento y sobrevivencia por un instante siquiera- reputándose, en tal caso, que tenían la calidad de persona a la fecha en que se defirió el derecho.

El legislador ha solucionado el problema de los bienes y derechos del que

---

66 Según Antonio Vodanovic, op. cit., pág.163, Alessandri, Claro Solar y otros estiman que la condición es suspensiva. Para Somarriva, sin embargo, se trata de un derecho especial.

67 Rubén Galecio: "ENSAYO DE UNA TEORÍA DE LOS DERECHOS EVENTUALES" (Editorial Nascimento), 50.

68 Clemente de Diego, op. cit., pág. 199.

está por nacer, suspendiendo la radicación o atribución inmediata en una determinada persona de dichos bienes, en espera que el titular futuro que no existe, pero que se espera que exista, nazca y sea persona[69-70].

La otra alternativa que tenía el legislador era atribuir personalidad a la criatura desde el momento de la concepción, sometiendo dichos derechos a una condición resolutoria que se estimaría cumplida en caso de que la criatura fallezca en el vientre materno, nazca muerta o no sobreviva un momento siquiera a la separación[71].

Pero dicha solución violenta la noción de persona y al decir de Orgaz[72] "desborda manifiestamente el fin práctico a que tiende; para proteger al ser humano antes de que nazca y salvaguardar sus posibles derechos, no es necesaria la construcción de la personalidad; los mismos resultados se logran más adecuadamente con el sistema de la generalidad de los códigos, sin violentar la noción de persona".

En conclusión, nuestro Código Civil mantiene temporariamente en suspenso la atribución de los derechos que se le defieren al que está por nacer hasta el momento que el nacimiento constituya un principio de existencia, formando de esta manera los bienes y derechos deferidos a la criatura, una suerte de patrimonio separado, sin titular.

20. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 77 DEL CÓDIGO CIVIL

De las consideraciones precedentes y de la sola lectura del artículo 77 del Código Civil, se desprenden las siguientes conclusiones:

a) Para que tenga aplicación el artículo 77 es menester que la criatura esté **concebida** al tiempo en que los derechos le son deferidos. De lo contrario, dichos derechos serían adquiridos por otras personas. Se concluye de esta manera en atención a que el código se refiere a los derechos que se deferirían a la criatura **"que está en el vientre materno"**.

Para determinar la época de la concepción, habrá que recurrir a la presunción de derecho establecida en el artículo 76; y si se determina que los derechos se defirieron antes del inicio del período en que pudo presumirse la

---

69 En igual sentido Orgaz, op. cit., pág. 35, nota N° 7, "En rigor -sostiene- los preceptos legales relativos al concebido, sólo significan mantener temporariamente en suspenso la atribución de los derechos hasta el momento del nacimiento". Se trata, pues, de un caso de indeterminación temporaria del sujeto".

70 Sobre esta situación consultar Von Thur. "DERECHO CIVIL I", cap. I, párrafo 2, VI, Bs. Aires, 1946.

71 El artículo 70 del Código Civil Argentino establece: "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes del nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido".

72 Orgaz, op. cit., pág. 35, N° 7.

concepción, habrá que concluir que tales derechos pasaron desde un principio a otras personas.

b) Lo que se encuentra en suspenso no son los derechos que se le defirieron a la criatura, sino la atribución de esos derechos a una determinada persona o sujeto de derecho. Luego, en rigor, esos derechos no pertenecen por el momento a nadie: ni a la criatura que está por nacer, ni a ninguna otra persona.

Sin embargo, se debe hacer notar que las personas que heredarían dichos derechos si la criatura muriere en el vientre materno o no sobreviviera un momento siquiera a la separación son o deben ser considerados como titulares de un derecho bajo condición suspensiva, esto es, de un derecho cuyo nacimiento se encuentra sometido a una condición consistente en que la criatura muera en el vientre materno o no sobreviva un instante siquiera a la separación y como tales, debemos entender que se encuentran en situación de ejercer todos los derechos que a los acreedores bajo condición suspensiva les reconoce el artículo 1078 del Código Civil.

c) Los derechos deferidos a la criatura que se encuentra por nacer son administrados por su padre o madre legítimos o, en su defecto, por un curador de bienes, según lo disponen los artículos 485 y 486 del Código Civil.

En efecto, corresponde al padre o madre -siempre que el hijo si naciere vivo se presumiría legítimo- la patria potestad sobre los derechos eventuales del que está por nacer. Así lo dispone el inciso 2° del artículo 240 del código civil, que establece: "La patria potestad se ejercerá también respecto de los derechos eventuales del hijo que está en el vientre materno y que, si naciere vivo, se presumiría legítimo".

Sin embargo, no por ello podemos concluir que también le corresponde al padre o a la madre legítimos el usufructo de esos derechos, aunque sea bajo condición resolutoria. En efecto, los frutos de esos bienes siguen la suerte de lo principal y al igual que los bienes que los produjeron quedan suspensos de atribución a determinada persona mientras la criatura no nazca. Ello por los siguientes motivos:

1° El propio texto del artículo 77 señala que sólo cuando la criatura nazca "entrará en el goce de esos derechos", lo que equivale a sostener que antes del nacimiento no lo tienen; y el padre o la madre legítimos no pueden tener más de lo que corresponda a sus hijos o gozar de un derecho del cual éstos carecen; y

2° Porque el propio artículo 243 que establece el usufructo del padre sobre los bienes del hijo discurre siempre sobre la base de que el hijo sea persona, esto es, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Pero una vez nacida la criatura, si el nacimiento constituyó un principio de existencia, los frutos que produjeron los bienes desde el momento en que se le defirieron al hijo estando en el vientre materno, les pertenecerán al padre o madre legítimos, pues se entiende que ese hijo fue persona desde el momento en que los derechos se le defirieron.

Y por el contrario, si el nacimiento no constituyó un principio de existencia, los frutos producidos por los bienes del hijo que no sobrevivió pasarán junto con esos bienes a otras personas.

En defecto del padre o madre legítimos, es decir cuando éstos hayan fallecido, o viviendo no son legítimos, la administración de los derechos corresponderá a un curador de bienes que deberá ser designado en conformidad con las reglas generales.

En rigor, los derechos deferidos a la criatura que se encuentra en el vientre materno forman, como se ha dicho, una especie de patrimonio separado, independiente y sin titular actual, administrado por aquellas personas que hemos enunciado. Los bienes podrán ser enajenados de acuerdo con las reglas generales por el padre, madre o tutor, según sea el caso; pero, el producto de la enajenación seguirá revistiendo la calidad jurídica de "derechos deferidos a una criatura" y, por consiguiente, quedará sujeto al estatuto que los regula. Por ello estimamos que existe una especie de patrimonio separado.

d) Si el nacimiento constituye un principio de existencia, la ley presume que la criatura fue persona desde el momento en que los derechos le fueron deferidos, esto es, se retrotrae la personalidad a una fecha anterior al día en que la criatura nació. Y por el contrario, si la criatura falleció en el vientre materno o no sobrevivió un instante siquiera a la separación, los bienes pasarán a los terceros que tenían derecho a ellos como si la criatura no hubiese existido jamás.

21. La época de la concepción

Como ya se podrá comprender, determinar la época de la concepción constituye una averiguación de trascendental importancia y de la cual dependen variadas consecuencias, entre las cuales ya hemos citado una: Es necesario estar concebido para que los derechos eventuales del que está por nacer permanezcan en suspenso hasta el nacimiento.

Como la concepción no es un hecho ostensible que puede probarse de una manera categórica, la ley ha preferido establecer una presunción de derecho que determina, a partir del hecho conocido del nacimiento, la época de la concepción.

Dice el artículo 76: "De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente: Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principie el día del nacimiento".

De este modo, la medianoche en que principia el día del nacimiento es el punto o fecha inicial desde donde se deben empezar a contar, hacia atrás, los plazos señalados en la disposición. Conviene destacar que el día del nacimiento no se cuenta para computar los plazos, pues la medianoche en que principie el día del nacimiento es las 0 horas de ese día y no las 24 horas del mismo.

Pues bien, de acuerdo con el artículo 76, se presume de derecho que la concepción no puede haberse producido más allá de los 300 días contados hacia

atrás desde la medianoche en que principia el día del nacimiento, ni dentro de un período que sea inferior a los 180 días contados hacia atrás desde la misma fecha.

De lo que se concluye que, para la ley, el período mínimo de gestación de una criatura es de 180 días; y el máximo es de 300 días.

22. Protección de la vida del que está por nacer

Tal como se protegen los derechos del que está por nacer en atención a su eventual personalidad futura, la ley protege también la vida de la criatura que se encuentra en el vientre materno, sin atenerse al tiempo de gestación de la misma. Por ello el artículo 75 del Código Civil establece: "La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra. Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento."

II. FIN DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS

23. Conceptos generales

La personalidad de los individuos humanos termina con la muerte de los mismos, que debe ser comprobada en la forma y de la manera establecida en la ley.

Sin embargo, y ante la conciencia de que en ciertos casos no es posible comprobar la verdadera muerte, pues no se puede encontrar el cadáver, la ley establece una presunción legal de fallecimiento que se declara judicialmente y que facilita u otorga a los interesados un medio para probar la muerte de la persona. Ésta se denomina la muerte presunta, que no produce los mismos efectos que la muerte real, pero que, en términos generales, soluciona el problema de los bienes del desaparecido.

Emprendemos a continuación el estudio de la muerte real y la muerte presunta.

SECCIÓN PRIMERA
MUERTE REAL

24. Generalidades

La muerte natural puede ser definida como la cesación de los fenómenos de la vida, y como tal extingue, desde luego, la personalidad jurídica del individuo humano.

Al extinguirse la personalidad, los derechos y obligaciones del difunto

quedan privados de titular hasta la aceptación de la herencia por los herederos. "Para evitar los inconvenientes prácticos que se derivarían de esta situación temporaria en que los derechos y las obligaciones carecen de sujeto, el Derecho Romano prolongaba ficticiamente la personalidad del difunto", esto es, "personificaba" o la herencia misma (Hereditas personan defunati sustinet). El derecho moderno, en cambio, también por una ficción, considera que el heredero es sucesor del difunto, no desde que aceptó la herencia, sino desde el fallecimiento del causante; resultado a que se llega dando efecto retroactivo a la aceptación[72] (art. 1.239).

25. PRUEBA DE LA MUERTE REAL

Para que produzca efectos legales, el hecho de la muerte debe ser probado por quien lo invoca.

La muerte se prueba, fundamentalmente, con la partida de defunción correspondiente. En ausencia de ella, por la presencia del cadáver.

El transcurso del tiempo ordinario de duración de la vida; la prolongada ausencia; el desaparecimiento de la persona en un suceso susceptible de ocasionarle la muerte, etc., no son hechos suficientes, por sí mismos, para comprobar la muerte real. Unidos a otras circunstancias permiten sólo la declaración de muerte presunta que, como se ha dicho y se verá, no produce los mismos efectos que la muerte real.

La partida de defunción se obtiene previa presentación de un certificado expedido por el médico encargado de comprobar las defunciones o el que haya asistido al difunto en su última enfermedad (art. 45 inc. 1° Ley sobre Registro Civil).

26. SITUACIÓN DE LOS COMURIENTES

Ocasionalmente puede tener interés conocer el momento exacto de la muerte. Esto sucede cuando dos o más personas, herederas recíprocas, han fallecido en un mismo acontecimiento sin que pueda saberse la prioridad de la muerte, de tal forma que no se puede asegurar cuál de ellas sobrevivió a la otra y por consiguiente la sucedió.

Nuestro código, en su artículo 79 soluciona el problema señalando que se procederá como si dichas personas hubiesen perecido en un mismo momento y ninguna de ellas hubiese sobrevivido a las otras. Por su parte, el artículo 958 nos completa el cuadro, señalando que, en estos casos, ninguna de las personas sucederá en los bienes de la otra[73].

---

72 Orgaz, op. cit., pág. 47.

73 Las legislaciones extranjeras dan diversas soluciones al problema. El Derecho inglés (Law of Property Acts 1925, Section 184) presume que fallecieron primero las personas mayores. Por la misma solución opta el Código Civil Francés el que agrega además, que se presume fallecieron primero las mujeres antes que los hombres.

SECCIÓN SEGUNDA
MUERTE PRESUNTA

27. CONCEPTOS GENERALES

Si definimos la muerte natural como la cesación de los fenómenos de la vida y tenemos presente, por otra parte, que el artículo 45 de la Ley sobre Registro Civil exige para la inscripción del fallecimiento la presentación de un certificado expedido por el médico encargado de comprobar la defunción o por el que haya asistido al difunto en su última enfermedad, se colige como consecuencia que, desde el momento en que el cuerpo del difunto no ha sido encontrado, no podría levantarse el acta del fallecimiento y, por ende, comprobarse la muerte de la persona, "situación bien enojosa para las personas relacionadas con él: su cónyuge no podrá volver a casarse; sus herederos no podrán entrar en posesión de sus bienes; situación intolerable a la larga, por su incertidumbre y por su inverosimilitud"[74].

Existe, sin embargo, un medio para poner fin a esta enojosa situación, cual es admitir la comprobación del fallecimiento aunque el cuerpo del desaparecido no haya sido encontrado, instituyendo al efecto un medio de prueba singular: la presunción del fallecimiento declarada judicialmente.

Esta presunción de fallecimiento se basa en la ausencia de un individuo del lugar de su domicilio, concepto que lleva implícito carencia de noticias de aquél y supone, asimismo, la ruptura de ese individuo con el medio social al cual pertenece o perteneció, de suerte que no se puede asegurar si vive o ha fallecido.

Es presupuesto y condición necesaria de toda declaración de muerte presunta la incertidumbre acerca de si realmente vive o ha muerto la persona del desaparecido, incertidumbre que deriva de la falta de noticias de él, siempre que, según las circunstancias, las noticias fueren de esperarse transcurrido un tiempo razonable. Si, por el contrario, las noticias no fueran de esperarse, por cualquier motivo, no sería procedente la declaración de muerte presunta. Una declaración de muerte pronunciada en esos términos supone un apresuramiento no compatible con el fin de la institución en comentario[75].

Algunas veces, sin embargo, la incertidumbre sobre la sobrevivencia del desaparecido proviene, más bien, de las circunstancias en que la persona desapareció que de la falta de noticias de la misma, aunque en el fondo, estos casos siempre suponen ausencia de noticias.

---

74 Luis Josserand: "DERECHO CIVIL", I vol. I (Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950), pág. 183.

75 Para Orgaz, op. cit., pág. 55, nota 20: "si la persona desapareciera o emprendiera un largo viaje: por ejemplo, a las regiones polares o a tierras salvajes, la falta de noticias que induzca la incertidumbre sobre la existencia de la persona, no debiera ser considerada desde el comienzo del viaje, sino desde la época en que pudo razonablemente pensarse que habría podido llegar a destino o que habría mandado noticias.

28. ORIGEN DE LA INSTITUCIÓN

El Derecho Romano no conoció la institución de la ausencia, ni mucho menos consagró ninguna presunción de fallecimiento. En el caso de los prisioneros de guerra prescribió solamente que todos sus derechos y obligaciones cesaban ipso jure; empero, si volvían, recobraban su estado anterior. Posteriormente, se estableció que mientras no hubiere exacto conocimiento de la muerte del prisionero, nada debía decidirse sobre su herencia[76].

La antigua legislación española tampoco conoció la institución en comentario. Sólo establecía que los parientes podrían heredar los bienes del desaparecido una vez transcurridos 10 años y probando que es fama pública que había fallecido. Constituía este sistema una forma de facilitar la prueba de la muerte más que un medio de prueba particular.

El derecho francés no conoció sino muy tardíamente la presunción de muerte por desaparecimiento[77].

De modo que el origen de la presunción de muerte por desaparecimiento sólo lo podemos encontrar en el derecho germánico, "cuya antigua legislación ante la incertidumbre creada por la prolongada ausencia de una persona, sobre si estaba viva o muerta, resolvía la cuestión mediante la institución de la declaración de muerte que pronunciaba un tribunal de justicia a petición de parte y después de una ausencia que variaba según los casos y países entre los 5 y 20 años"[78].

Cabe hacer presente que nuestro Código Civil elaboró, en cierta medida, una teoría de la ausencia relativamente original, aunque aprovechó la experiencia de otras legislaciones.

29. CONCEPTO Y ELEMENTOS ESENCIALES DE LA MUERTE PRESUNTA

Se dice que la muerte presunta es aquella que se declara judicialmente respecto de un individuo cuyo paradero se ignora, habiendo transcurrido un plazo más o menos extenso desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia, concurriendo las demás formalidades legales.

Del concepto, es posible desprender los elementos de la muerte presunta.

a) Se trata de una presunción

En primer término debemos advertir que nos encontramos en presencia de

---

76 Ver Orgaz, op. cit., pág. 54, quien cita en este sentido a Hedemann.

77 Sólo por ordenanza de 30 de octubre de 1945 se instauró la presunción de muerte por fallecimiento. Ver sobre el particular Luis Josserand, op. cit., pág.184.

78 César Augusto Abelenda, "DERECHO CIVIL, PARTE GENERAL", I (Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980), pág. 487.

una presunción legal, en virtud de la cual, de un hecho conocido, a saber, la ausencia prolongada, se concluye uno desconocido, esto es, el fallecimiento[79].

La presunción es simplemente legal, por cuanto admite prueba en contrario; sucumbe, desaparece ante la realidad, sea que consista en el propio reaparecimiento del individuo (art. 93 del Código Civil), sea por la prueba tangible de que el fallecimiento sucedió en otra fecha distinta (art. 92 del Código Civil).

Empero, se debe destacar que esta presunción legal se encuentra fortalecida por una sentencia judicial que la declara. Sin esta sentencia, la presunción legal no surte efectos, de tal forma que la intervención de la autoridad judicial es requisito de existencia de la presunción.

b) *Se debe ignorar el paradero*

Es indispensable para el desenvolvimiento de esta institución que se ignore absolutamente el paradero del desaparecido y que se compruebe que se ha hecho lo posible para averiguarlo. Así lo dispone expresamente el N°1 del artículo 81 del Código Civil.

c) *Debe transcurrir un plazo*

En efecto, para la declaración de la muerte presunta de un desaparecido o ausente es menester que transcurra un plazo más o menos extenso desde la fecha de las últimas noticias. Este plazo varía según los varios casos que a continuación se exponen:

c.1. *Casos Ordinarios*

Esta primera hipótesis denominada por la doctrina "supuesto ordinario". está contemplada en los N^os^ 1 y 7 del artículo 81 del Código Civil que preceptúan: "1° La presunción de muerte debe declararse por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en Chile, justificándose previamente que se ignora el paradero del desaparecido, que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo, y que desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia, han transcurrido a lo menos cinco años. 7° Con todo, si después que una persona recibió una herida grave en la guerra, o le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido más de ella, y han transcurrido desde entonces cinco años y practicándose la justificación y citaciones prevenidas en los números precedentes, fijará el juez como día presuntivo de la muerte el de la acción de guerra o peligro, o, no siendo enteramente determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el

---

79 En este mismo sentido se pronuncian Abelenda, op. cit., pág. 448 y Victorio Pescio, op. cit., pág.47.

suceso, y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido".

En esta hipótesis el plazo es de cinco años, contados desde la fecha de las últimas noticias que se tienen de la persona (Nº 1) o de la fecha de la herida sufrida en la guerra o del peligro que le acaeció (Nº 7)

Se discute en la doctrina nacional si el plazo se cuenta desde que las últimas noticias son enviadas[80] o son recibidas[81].

Concordamos con Claro Solar, pues no nos encontramos en presencia de una norma jurídica que enfrente el problema del desaparecimiento desde un punto de vista dogmático, arbitrario o formal. Con la expresión "últimas noticias" el legislador ha querido referirse a la última vez en que sucedió un hecho del cual puede concluirse que el desaparecido vivía: una carta enviada por él, un tercero que lo haya visto, etc.

c.2. Caso Extraordinario Genérico

Esta segunda hipótesis, conocida como "caso ordinario genérico" por la doctrina, está contemplada en el Nº9 del artículo 81 que dispone: 9º Después de un año de ocurrido un sismo o catástrofe que provoque o haya podido provocar la muerte de numerosas personas en determinadas poblaciones o regiones, cualquiera que tenga interés en ello podrá pedir la declaración de muerte presunta de los desaparecidos que habitaban en esas poblaciones o regiones. En este caso, la citación de los desaparecidos se hará mediante un aviso publicado por una vez en el Diario Oficial correspondiente a los días primero o quince, o al día siguiente hábil, si no se ha publicado en las fechas indicadas, y por dos veces en un periódico de la cabecera del departamento o de la provincia si en aquél no lo hubiere, corriendo no menos de quince días entre estas dos publicaciones. El juez podrá ordenar que por un mismo aviso se cite a dos o más desaparecidos. El juez fijará como día presuntivo de la muerte el del sismo, catástrofe o fenómeno natural y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes de los desaparecidos, pero será de rigor oír al Defensor de Ausentes".

En esta hipótesis, el plazo es de un año, contado desde el día en que ocurrió el sismo o catástrofe.

c.3. Caso Extraordinario Específico

Así nominado por la doctrina, se encuentra contemplado en el Nº 8 del artículo 81 que establece: "8º Se reputará perdida toda nave o aeronave que no apareciere a los seis meses de la fecha de las últimas noticias que de ella se tuvieron. Expirado este plazo, cualquiera que tenga interés en ello podrá provocar la declaración de presunción de muerte de los que se encontraban en la nave o

---

80 Claro Solar, op. cit., I, pág.237.

81 Según Vodanovic, op. cit., pág. 179, Manuel Somarriva cree que el plazo se cuenta desde que son recibidos.

aeronave. El juez fijará el día presuntivo de la muerte en conformidad al número que precede, y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes de los desaparecidos. Si se encontrare la nave o aeronave náufraga o perdida, o sus restos, se aplicarán las mismas normas del inciso anterior, siempre que no pudieren ubicarse los cuerpos de todos o algunos de sus ocupantes, o identificarse los restos de los que fueren hallados. Si durante la navegación o aeronavegación cayere al mar o a tierra un tripulante o viajero y desapareciere sin encontrarse sus restos, el juez procederá en la forma señalada en los incisos anteriores; pero deberá haber constancia en autos de que en el sumario instruido por las autoridades marítimas o aéreas ha quedado fehacientemente demostrada la desaparición de esas personas y la imposibilidad de que estén vivas. En estos casos no regirán lo dispuesto en el Nº 2º, ni el plazo establecido en el Nº 3º; pero será de rigor oír a la Dirección General de la Armada o a la Dirección General de Aeronáutica, según se trate de nave o de aeronave".

En este caso, el plazo es de seis meses contados desde el día de las últimas noticias que se tuvieron de la existencia de la nave o aeronave.

De lo expuesto es posible concluir que los plazos que deben transcurrir para obtener la declaración judicial de muerte por desaparecimiento son de cinco años, un año, y seis meses, respectivamente.

c.4. La Mera Ausencia

Se conoce con el nombre de "mera ausencia", el período comprendido entre el día de la desaparición o de las últimas noticias y el de la sentencia judicial que declara presuntivamente muerto al desaparecido.

Se inicia el período de mera ausencia el día de la desaparición o de las últimas noticias.

El día de terminación de dicho período es esencialmente variable, pues "es posible que no se llegue a él, que el primer período se prolongue indefinidamente, porque lo que los clausurará habrá de ser, bien el retorno del ausente, bien la noticia de su fallecimiento, bien, en fin, la sentencia de declaración de ausencia, la cual quizá no se dicte nunca: porque para ello es menester que alguien lo pida"[82].

Durante este período de mera ausencia, al decir Claro Solar[83], "la presunción de muerte es mucho más débil que la presunción de vida"; en otras palabras, la ley considera que el individuo ausente existe y que sólo accidentes imprevistos le han impedido dar noticias suyas a sus parientes y amigos.

Por ello, ha establecido que mientras dure este período "cuidarán de los intereses del desaparecido sus apoderados o representantes legales" (Art. 83 Código Civil).

En efecto, el desaparecido pudo haber nombrado, antes de su desaparición, un mandatario general que lo represente y cuide de sus negocios y bienes. En estos casos, esta persona será encargada de velar por sus intereses.

---

82 Luis Josserand, op. cit., pág. 186.

83 Claro Solar, op. cit., pág. 232.

Si, por el contrario, no ha dejado representante alguno, la ley prevé la solución del problema mediante el nombramiento de un curador de bienes según lo establecen los artículos 473 y siguientes del Código Civil.

d) Deben cumplirse las formalidades legales

Para que el juez pueda dictar la sentencia que declara presuntivamente muerta a una persona, es menester que se cumplan, previamente, algunas formalidades procesales que se exponen a continuación:

d.1. *Rendición de Pruebas*

En primer término es menester que los interesados justifiquen que se ignora el paradero del desaparecido y que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo (art. 81 Nº1).

Estas circunstancias pueden probarse con información sumaria de testigos.

d.2. *Citación del Desaparecido*

En segundo término debe procederse a la citación del desaparecido[84]. El Nº 2 del artículo 81 del Código Civil establece: "2º Entre estas pruebas será de rigor la citación del desaparecido; que deberá haberse repetido hasta por tres veces en el periódico oficial, corriendo más de dos meses entre cada dos citaciones".

Sin embargo, en el llamado "caso extraordinario específico" (pérdida o naufragio de una nave o aeronave) no es necesario el cumplimiento de este requisito. Así lo dispone expresamente el último inciso del Nº 8 del artículo 81 del Código Civil.

Asimismo, en el llamado "caso extraordinario genérico (sismo o catástrofe) la citación del desaparecido se efectúa de diversa manera. Al efecto, el inciso 2º del Nº 9 del artículo 81 dispone "En este caso, la citación de los desaparecidos se hará mediante un aviso publicado por una vez en el Diario Oficial correspondiente a los días primero o quince, o al día siguiente hábil, si no se ha publicado en las fechas indicadas, y por dos veces en un periódico de la cabecera del departamento o de la provincia si en aquél no lo hubiere, corriendo no menos de quince días entre estas dos publicaciones. El juez podrá ordenar que por un mismo aviso se cite a dos o más desaparecidos".

d.3. *La Intervención del Defensor de Ausentes*

Así lo dispone expresamente el Nº 4 del artículo 81 que establece: "4º Será oído, para proceder a la declaración, y en todos los trámites judiciales posteriores,

---

84 Si bien la letra de la ley no lo afirma la citación debe practicarse antes de la declaración de muerte presunta. De lo contrario habrá de ser nulo todo lo obrado sin cumplir con este requisito. Así se ha fallado (C. Santiago, 16 julio, 1909. G., 1909, T. 1 Nº 505, pág. 825).

el defensor de ausentes; y el juez, a petición del defensor, o de cualquiera persona que tenga interés en ello, o de oficio, podrá exigir, además de las pruebas que se le presentaren del desaparecimiento, si no las estimare satisfactorias, las otras que según las circunstancias convengan".

d.4. Inserción de Sentencias en el Diario Oficial

A este respecto el N° 5 del artículo 81 dispone: "5° Todas las sentencias, tanto definitivas como interlocutorias, se insertarán en el periódico oficial".

De este modo, el proceso mismo está revestido de las mayores medidas de publicidad.

d.5. Transcurso de un Plazo Mínimo desde la Citación

El artículo 81 N° 3 del Código Civil dispone: 3° La declaración podrá ser provocada por cualquiera persona que tenga interés en ella, con tal que hayan transcurrido tres meses al menos desde la última citación".

Este requisito, sin embargo, no rige en el caso extraordinario específico según lo dispone expresamente el último inciso del N° 8 del artículo 81.

d.6. Inscripción Sentencia Registro Civil

Finalmente, toda sentencia en que se declare presuntivamente muerto a alguien, es menester que se inscriba en el libro de Defunciones que lleve el Registro Civil (art. 5 N° 5 de la Ley sobre Registro Civil).

30. FIJACIÓN DEL DÍA PRESUNTIVO DE LA MUERTE

La fijación del día en que presuntivamente falleció la persona desaparecida reviste particular importancia para determinar el patrimonio del desaparecido que pasará, provisoria o definitivamente, a los herederos presuntivos. Así por ejemplo, es posible que el desaparecido tenga derecho a sucesiones abiertas después de la fecha en que desapareció. Para saber si él o sus herederos tienen derecho a ellas es menester determinar el día en que presuntivamente murió. Si la sucesión se abrió después, se deberá concluir que el desaparecido era incapaz de suceder, pues no existía a esa fecha; y los bienes y derechos de esa sucesión pasarán a terceros sin que puedan poner sus manos en parte alguna de dichos bienes los herederos presuntivos del desaparecido[85].

Y porque reviste particular importancia la fijación del día presuntivo de la muerte, se puede prestar también para los peores abusos, por el indebido manejo que se puede hacer de las reglas que a continuación exponemos, tanto más cuando

---

85 Lo anterior, sin perjuicio del derecho de representación establecido en el artículo 984 del Código Civil.

de ella puede depender, como se ha dicho, que una persona herede todo o no herede nada.

El Código Civil ha dado distintas reglas para fijar el día presuntivo de la muerte, según sea el caso concreto de que se trata. Se analizarán por separado los varios casos:

Caso ordinario común

Para el caso del N° 1 del artículo 81, el juez deberá fijar como día presuntivo de la muerte, el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias. (art. 81 N° 6)

Caso del N° 7 artículo 81

En este caso, a saber, cuando un individuo sufrió una herida grave en guerra o le sobrevino otro peligro semejante, el juez fijará como día presuntivo de la muerte el de la acción de guerra o peligro, o no siendo enteramente determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso (art. 81 N° 7).

De modo que, bajo ciertos supuestos, el juez tiene facultades para fijar, entre determinados márgenes, el día de la muerte presunta.

Caso extraordinario específico

En este caso, a saber, en el de pérdida de una nave o aeronave, el juez fijará como día presuntivo de la muerte el de la pérdida de la nave o aeronave, y no siendo enteramente determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso (art. 81 N° 8).

Igual cosa sucederá cuando durante la navegación o aeronavegación cayera al mar o tierra un tripulante o viajero sin encontrar sus restos (Inc.3 N° 8 art. 81 Código Civil).

Caso extraordinario genérico

En este caso, a saber, el advenimiento de un sismo o catástrofe, el juez fijará como día presuntivo de la muerte el del sismo, catástrofe o fenómeno natural (art. 81 N° 9 Inc. 3).

31. PROCEDIMIENTO

La sentencia judicial que declara la presunción de muerte por fallecimiento, se dicta dentro de un procedimiento provocado a petición de parte y en donde se tienen que cumplir todas las formalidades procesales mencionadas precedentemente.

Juez Competente

Es juez competente para conocer este tipo de juicios el del último domicilio que el desaparecido haya tenido en Chile (art. 81 N° 1) sin distinción de nacionales o extranjeros.

Se ha fallado[86] que si el desaparecido no tenía domicilio en Chile, son incompetentes, para estos efectos los tribunales chilenos, conclusión del todo acertada, pues, si el ausente tenía domicilio en otro país, mal podríamos pretender que en Chile se tuvieran noticias de él, pues lo natural es que toda persona envíe noticias suyas a su domicilio[87].

Quiénes pueden provocar la declaración

El juicio de declaración de muerte presunta se inicia a petición de parte, nunca de oficio. De acuerdo con el N° 3 artículo 81 del Código Civil, podrá provocar la declaración cualquiera que tenga interés en ello, a diferencia de otras legislaciones[88] que hacen una taxativa enumeración.

El interés que deben tener los que soliciten la declaración debe ser patrimonial y debe estar subordinado a la muerte del desaparecido.

Los interesados son, en primer término, los herederos presuntivos del desaparecido. Le siguen en orden de importancia, los nudos-propietarios y los fideicomisarios de los bienes usufructuados o poseídos fiduciariamente por el desaparecido; los legatarios y en general todos aquellos que tuvieren derechos subordinados a la muerte del ausente[89].

Claro Solar[90] excluye, sin embargo, a los acreedores del ausente y al Ministerio Público. A los unos porque sus derechos pueden resguardarse mediante otros procedimientos más efectivos; al segundo, porque la propia ley señala la intervención que debe tener este último por medio del defensor del ausente.

Quién se puede oponer

La oposición de terceros puede referirse a que el peticionario carece de interés para solicitar la declaración; a que el desaparecido se encuentra vivo; o a que las últimas noticias se produjeron en otra fecha.

---

86 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 28 de noviembre de 1929, Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 27, Sec. 2°, pág. 37.

87 En otras legislaciones, es juez competente el del domicilio o residencia del desaparecido, primando el primero sobre el segundo. La residencia rige sólo en caso de que desconozcan el domicilio del desaparecido. Consultar Orgaz, op. cit., pág. 61.

88 Vervigracia, Código Civil Argentino.

89 En este mismo sentido se pronuncian Claro Solar, op. cit., pág. 234 y Victorio Pescio, op. cit., 56, quien cita, además, a Bello en nota N° 3 del artículo 83 del Proyecto de 1853.

90 Claro Solar, op. cit., pág. 234.

En general, puede oponerse todo el que tenga interés en ello y especialmente el Ministerio Público que interviene por medio del defensor de ausentes.

El Nº 4 del artículo 81 establece: "4º Será oído, para proceder a la declaración, y en todos los trámites judiciales posteriores, el defensor de ausentes; y el juez, a petición del defensor, o de cualquiera persona que tenga interés en ello, o de oficio, podrá exigir, además de las pruebas que se le presentaren del desaparecimiento, si no las estimare satisfactorias, las otras que según las circunstancias convengan".

La oposición deducida por un tercero que no sea el Ministerio Público, se tramitará como juicio ordinario o sumario según sean las circunstancias. Así se ha fallado[91].

Sentencia Judicial

La sentencia judicial que cierra este procedimiento contendrá, en primer término, la declaración del fallecimiento presunto del ausente; en segundo término, la fijación del día presuntivo de la muerte; y, en tercer término, concederá la posesión provisoria o definitiva en su caso de los bienes del desaparecido, según se verá.

Es conveniente resaltar que la sentencia en comentario no hace sino reconocer que se reúnen los requisitos legales para hacer procedente la presunción de fallecimiento. En otras palabras, el objeto de la sentencia es fortalecer la presunción legal de muerte de una persona atendida la incertidumbre que se tiene respecto al individuo de que se trata. En cierta medida es un certificado que acredita la existencia o establece esta presunción legal de fallecimiento[92].

Y como quiera que la sentencia verse sobre la posibilidad de considerar para muchos aspectos muerto a un individuo, debemos concluir necesariamente que ésta resuelve asuntos que se refieren al estado de las personas, pues comprende en ello, obviamente, la capacidad.

32. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE MUERTE PRESUNTA

Los efectos que provoca la declaración de muerte presunta no pueden analizarse de manera orgánica o sistemática: es menester distinguir entre aquellos que se producen respecto de terceros, y los que se producen en relación con los bienes del desaparecido; es necesario analizar los efectos que produce en el matrimonio; en la patria potestad, etc.

Se analizarán por separado estas situaciones.

---

91 Corte Suprema, Rev. Der. y Jurisprudencia, Tomo XV, Segunda Parte, Sección 1ª, pág. 69.

92 En este mismo sentido, Orgaz, op. cit., págs. 70 y 71.

33. EFECTOS DE LA MUERTE PRESUNTA RESPECTO DE TERCEROS

La sentencia que declara el fallecimiento presunto y fija el día presuntivo del fallecimiento, produce, en principio, efectos respecto de terceros, que son aquellos que no han sido parte en el juicio.

Planteado en esos términos, el problema se reduce a estudiar en qué condiciones y bajo qué límites la sentencia que declara presuntivamente muerta a una persona produce cosa juzgada respecto de terceros; vale decir, debemos estudiar a continuación si esos terceros pueden de alguna manera exigir que se vuelvan a estudiar las cuestiones que dieron origen a la sentencia en comentario, demandando de este modo la revisión del fallo.

Ante todo, es menester recordar que la sentencia en comentario establece sólo la presunción legal de fallecimiento, de modo que lo que se encuentra en discusión es, en el fondo, si esa presunción puede oponerse a terceros, obligándolos a destruirla, cosa que harán en la medida que prueben que la muerte o fallecimiento no ha ocurrido o sucedió en otra fecha. Por el contrario, si concluimos que no puede oponerse a terceros, a éstos sólo les bastaría con desconocer la presunción de fallecimiento obligando a aquel que esgrime el fallo a demostrar de nuevo la procedencia de la presunción o probar lisa y llanamente el fallecimiento.

Para resolver el problema en comentario, es menester hacer presente que nos encontramos en presencia de una sentencia que resuelve sobre el estado de las personas. Han sido muy discutidos los efectos de la sentencia en cuestiones de estado y, aun cuando la doctrina y la jurisprudencia se inclinan hoy a considerar que se extienden erga omnes, esto es, incluso contra terceros, se registran todavía pronunciamientos contrarios que, no obstante, no dejan de ser justificados.

Siguiendo en esta materia a Alsina[93], estimamos que se debe distinguir entre la sentencia que admite la muerte presunta y aquella que la rechaza.

a) La sentencia que declara presuntivamente muerta a una persona produce cosa juzgada "erga omnes" porque este pronunciamiento afecta al orden público y por ello hace plena fe y tiene efecto de cosa juzgada, aun respecto de las personas que no han actuado en el juicio, ya que, por encima de la identidad de las partes, se encuentra el principio de la finalidad del orden público, a que tienden todas las cuestiones que afectan a la familia por el cual deben ponerse al abrigo de sentencias contradictorias[94].

Por consiguiente, ninguna persona, extraña o no al juicio, podrá negar o desconocer la existencia de la presunción legal de fallecimiento. Pero, como la sentencia en cuestión sólo establece una presunción legal que admite prueba en contrario, nada impide a los interesados destruir la presunción legal probando que el desaparecido vive o que murió en otra fecha distinta que el día fijado como

---

93 Hugo Alsina: "TRATADO TEÓRICO Y PRÁCTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL", II (Editorial Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941), pág. 586.

94 Alsina, op. cit., pág. 586.

presuntivo de la muerte; por cuanto la característica de toda presunción legal es precisamente ceder ante la realidad.

Por ello el artículo 92 del Código Civil establece: "El que reclama un derecho para cuya existencia se suponga que el desaparecido ha muerto en la fecha de la muerte presunta, no estará obligado a probar que el desaparecido ha muerto verdaderamente en esa fecha; y mientras no se presente prueba en contrario, podrá usar de su derecho en los términos de los artículos precedentes. Y por el contrario, todo el que reclama un derecho para cuya existencia se requiera que el desaparecido haya muerto antes o después de esa fecha, estará obligado a probarlo; y sin esa prueba no podrá impedir que el derecho reclamado pase a otros, ni exigirles responsabilidad alguna".

b) En cambio, la sentencia que rechaza la muerte presunta no altera el orden público, pues no modifica ninguna situación anterior y por ello sólo afecta a los interesados que la provocaron. Por este motivo, siempre podrá volver a verse el asunto sobre si es factible o no declarar presuntamente muerto a un individuo[95].

34. EFECTOS DE LA MUERTE PRESUNTA RESPECTO DE LOS BIENES DEL DESAPARECIDO

Una vez declarada la muerte presunta de una persona es menester determinar en qué situación quedan los bienes que integran el patrimonio del desaparecido, siendo ellos, por lo demás, el objeto principal de la declaración.

Sin embargo, la suerte de estos bienes no puede ser definida de una manera inmediata, como pudiera pensarse; es necesario esperar a que se dicten ciertas resoluciones judiciales y transcurran determinados plazos legales desde la fecha de las últimas noticias.

Los efectos de la muerte presunta sobre los bienes del desaparecido se producen por intermedio de dos resoluciones que dicta el juez denominadas "Decreto de Posesión Provisoria" y "Decreto de Posesión Definitiva". En virtud de estas resoluciones, el juez concede a ciertas personas que enseguida veremos, la posesión provisoria o, posteriormente, la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.

La posesión provisoria autoriza a los interesados para tomar posesión de los bienes del desaparecido bajo determinadas condiciones de administración que se analizarán en su oportunidad. La posesión definitiva, en términos generales, importa una ampliación de las facultades de administración y disposición de esos bienes.

Por regla general, el decreto de posesión provisoria precede al decreto de

---

95 Entre las partes, también podrá volver a estudiarse el problema, a menos que en el procedimiento de muerte presunta se haya discutido un problema procesal, como ser por ejemplo, que se haya resuelto que el peticionario no podía provocar la declaración pues carecía de interés. Esta es una condición de admisibilidad de la acción y su resolución debe quedar sometida a las normas generales que regulan la cosa juzgada.

posesión definitiva, de tal manera que lo primero que se obtiene es la posesión provisoria. Sin embargo, puede ocurrir que, en determinados casos, sólo proceda dictar el decreto de posesión definitiva.

Empero, antes de iniciar cualquier análisis sobre los efectos de estos decretos, es necesario estudiar cuáles son los bienes del desaparecido cuya posesión, provisoria o definitiva, se concede a ciertas personas y quiénes son estas personas.

35. PATRIMONIO DEL DESAPARECIDO

El patrimonio, cuya posesión provisoria o definitiva se concede a terceros, comprende los bienes, derechos y acciones que tenía el desaparecido a la fecha en que se fijó el día presuntivo de la muerte. Así lo dispone el inciso 2 del artículo 85 que dispone "El patrimonio en que se presume que suceden, comprenderá los bienes, derechos y acciones del desaparecido, cuales eran a la fecha de la muerte presunta".

Por consiguiente, se debe dejar establecido que se tiene por patrimonio el existente al día presuntivo de la muerte y no el que existe al tiempo de la declaración de muerte presunta.

En principio, entonces, la declaración de muerte presunta tiene eficacia retroactiva al día fijado como del fallecimiento. En ello estriba precisamente la razón por la cual el juez debe fijar el día presuntivo de la muerte[96].

El artículo 85 inc. 2 dispone, en otras palabras, que los herederos del desaparecido no tienen derechos en parte alguna de los bienes que integren sucesiones abiertas con posterioridad al día fijado como presuntivo de la muerte; y ello porque el primer requisito para suceder es ser capaz, esto es, existir, ser persona al tiempo en que se le difieren los derechos y dado que la muerte presunta extingue la personalidad natural, el individuo declarado presuntamente muerto no es capaz de suceder, por no ser persona.

No está claro, sin embargo, que en nuestro país la apertura de la sucesión del desaparecido se produzca el mismo día fijado como el de la muerte presunta[97]. Si definimos la apertura de la sucesión como el hecho que habilita a los herederos para tomar posesión de los bienes hereditarios y se los transmite en propiedad, debemos concluir necesariamente que, en el caso en comentario, la apertura de la sucesión no se produce en esa fecha, pues los herederos del desaparecido sólo podrán entrar en posesión de los bienes de éste una vez dictado el decreto que les concede la posesión provisoria[98].

---

96 Orgaz, op. cit., pág. 72.

97 En otros casos, como en Argentina, por disposición expresa (art. 3.282 del Código Civil) la apertura de la sucesión se produce al día de la muerte presunta.

98 Según Claro Solar, op. cit., XIII, pág. 25. Fabres considera que el caso de la muerte presunta es una limitación o excepción al artículo 955 del Código Civil en el sentido que la apertura de la sucesión no se verifica el día de la muerte presunta. Sin embargo, el mismo Claro Solar no está

Por nuestra parte, la más mínima prudencia nos mueve a estimar que en el caso de la muerte presunta no podemos hablar propiamente de que existe una "apertura de la sucesión". Creemos que, en este caso, la ley ha sustituido la institución de la apertura por otro concepto o procedimiento distinto, dando al efecto reglas especiales. El conjunto de estas normas (decreto de posesión provisoria y definitiva, patrimonio en que suceden al desaparecido, etc.) sustituye o reemplaza al concepto de apertura de la sucesión.

Sin embargo, cuando no hubiere precedido el derecho de posesión provisoria, y, según la ley, sólo proceda conceder la posesión definitiva, por expresa disposición del artículo 90 inc. último, se abre la sucesión del desaparecido en conformidad a las reglas generales. En efecto, tal disposición establece: "Si no hubiere precedido posesión provisoria, por el decreto de posesión definitiva, se abrirá la sucesión del desaparecido según las reglas generales".

36. Decreto de posesión provisoria

Hemos dicho anteriormente que los efectos de la muerte presunta sobre los bienes del desaparecido se produce, en primer término, por medio de una resolución que dicta el juez denominada "decreto de posesión provisoria". Este decreto se dicta conjuntamente con la declaración de muerte presunta y por regla general precede al decreto de posesión definitiva.

Sin embargo, es posible que este decreto no llegue nunca a dictarse porque la ley, en ciertos casos, ordena al juez conceder directamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido, sin pasar por la etapa de posesión provisoria. Estos casos son los siguientes:

a) Desaparecimiento de una nave o aeronave (art. 81 Nº 8);

b) Desaparecimiento de una persona que recibió una herida grave en guerra o que le sobrevino otro peligro semejante (art. 81 Nº 7).

c) Cuando se han cumplido cinco años desde la fecha de las últimas noticias y más de setenta desde el nacimiento del desaparecido (art. 82); y

d) Cuando han transcurrido más de diez años desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera sea la edad del desaparecido si viviese (art. 82).

El decreto de la posesión provisoria se concede después de cinco años desde la fecha de las últimas noticias (art. 81 Nº 6). De acuerdo con lo establecido en el artículo 84 última parte, la posesión provisoria de los bienes del desaparecido se concede a los llamados "herederos presuntivos". Se entiende por herederos

---

de acuerdo con semejante conclusión, fundamentalmente por cuanto la presunción de muerte produce los efectos de la muerte efectiva y el que reclama un derecho para cuya existencia se suponga que el desaparecido ha muerto en la fecha de la muerte presuntiva, no está obligado a probar que el desaparecido ha muerto verdaderamente en esa fecha, según expresamente lo establece el artículo 92.

presuntivos, según lo dispone el artículo 85, los testamentarios y legítimos que lo eran a la fecha de la muerte presunta. Son herederos testamentarios aquellos que el desaparecido hubiere instituido por testamento. Son herederos legítimos aquellos que, en ausencia del testamento, suceden al causante según la ley. De consiguiente, sólo los herederos tienen derecho a que se les conceda la posesión provisoria de los bienes del desaparecido; y no cualquier heredero, sino sólo aquellos que lo eran a la fecha de la muerte presunta.

La fecha de la muerte presunta determinará quiénes son los que pueden suceder. Si el heredero instituido en el testamento hubiere fallecido antes de esa fecha, no habría adquirido derecho alguno a la herencia y no podría trasmitirla a sus propios herederos; pero si el sobredicho heredero hubiere muerto con posterioridad a esa fecha, sus herederos adquirirían por derecho de transmisión la herencia del desaparecido. La fecha de la muerte presunta produce a este respecto el mismo efecto que la fecha de la muerte efectiva[99].

Atendido que la ley ordena conceder la posesión provisoria sólo a los herederos presuntivos quedan excluidos de ella los legatarios precisamente por no ser herederos. Esto quiere decir, en otras palabras, que los legatarios no pueden entrar en posesión provisoria de los bienes que les hubiere legado el desaparecido. Para ello, deberán esperar que se cumplan los requisitos para decretar la posesión definitiva, con lo cual quedan, como veremos, en la misma situación en que se encuentran aquellas que tienen derechos subordinados a la muerte del causante.

Claro Solar[100] ha criticado con justicia la situación en que deja la ley a los legatarios: "si el legislador -afirma- ha creído justo atender a la voluntad del ausente para confiar a los herederos instituidos por él el cuidado de los bienes mientras llega el momento de liquidar su sucesión, no vemos qué motivo pueda haber para tomar en cuenta esa misma voluntad cuando se refiere a un bien determinado. Conocida por los herederos (presuntivos) la voluntad del testador respecto de ese bien, no atenderán a su administración con el mismo cuidado que observarán seguramente en los bienes que han de pertenecerles en definitiva y ni los intereses del ausente, ni los de los legatarios quedarán garantidos".

37. PERSONAS CON DERECHOS SUBORDINADOS A LA MUERTE DEL DESAPARECIDO

Las personas con derechos subordinados a la muerte del desaparecido son, principalmente, los propietarios y los fideicomisarios de los bienes usufructuados o poseídos fiduciariamente por el desaparecido respectivamente; sin perjuicio de que puedan existir otros con derechos también subordinados a su muerte.

El nudo propietario que ha dado en usufructo un bien al desaparecido tiene un derecho subordinado a su muerte, pues desde que ésta se produzca, se consolidará el usufructo con la nuda propiedad. El fideicomisario tiene igualmente un derecho subordinado a la muerte del desaparecido toda vez que la muerte de éste le significará la adquisición en propiedad del bien de que se trata.

---

99 Claro Solar, op. cit., I, pág. 243.
100 Ibid.

Sin embargo, sólo una vez decretada la posesión definitiva podrán hacer valer sus respectivos derechos el propietario o el fideicomisario. Antes de la dictación del citado decreto gozarán del usufructo o de la propiedad fiduciaria los herederos presuntivos del desaparecido.

38. EFECTOS DEL DECRETO DE POSESIÓN PROVISORIA

Los efectos del decreto que concede la posesión provisoria de los bienes del desaparecido son los siguientes:

Acciones y defensas frente a terceros

Los poseedores provisorios pasan a representar a la sucesión del desaparecido en las acciones y defensas frente a terceros (art. 87, Código Civil). Antes lo hacía el mandatario o representante legal del desaparecido.

Ventas de bienes muebles

En virtud del decreto en análisis, los poseedores provisorios se encuentran facultados para vender o enajenar una parte de los bienes muebles, siempre que el juez lo crea conveniente, oído el defensor de ausentes (art. 88, inc. 1°). La venta debe hacerse en pública subasta (art. 88 inc. último).

Enajenación de bienes raíces

Asimismo, en virtud del referido decreto, los poseedores provisorios pueden enajenar e hipotecar los bienes raíces del desaparecido siempre que exista una causa necesaria que importe una utilidad evidente, declarada por el juez con conocimiento de causa y con audiencia del defensor de ausentes (art. 88, inc. 2°). En todo caso la venta debe hacerse en pública subasta.

Si los poseedores provisorios han vendido o enajenado bienes muebles o bienes inmuebles sin contar para ello con las autorizaciones respectivas, la enajenación adolece de nulidad relativa; pero, hallándose ésta establecida en favor del ausente en caso de que reaparezca sólo él puede alegarla (art. 1.684). La acción prescribe en cuatro años contados desde el reaparecimiento del desaparecido[101].

Situación de los frutos

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 89 del Código Civil, los poseedores provisorios hacen suyos los respectivos frutos e intereses producidos por los bienes que poseen provisoriamente.

Sólo se pueden ver expuestos a restituirlos en la medida que sean

---

101 Vodanovic, op. cit., I, vol. 2, pág. 188.

considerados como poseedores de mala fe, esto es, que hayan sabido u ocultado la verdadera muerte del desaparecido o su existencia (art. 94 N^{os} 5 y 6).

Sociedad conyugal

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 84 del Código Civil y 1.764 N° 2, queda disuelta la sociedad conyugal que tuviere el desaparecido con su cónyuge.

Para Barros, la disolución de la sociedad conyugal y, en consecuencia, la liquidación de dicha sociedad debe hacerse con relación a la fecha del decreto de posesión provisoria[102].

Sin embargo, Alessandri[103], Somarriva[104] y Claro Solar[105] sostienen que la sociedad conyugal queda disuelta el día fijado como presuntivo de la muerte, y, en consecuencia, su liquidación debe hacerse en relación a ese día y no a la fecha del decreto.

Situación de la Patria Potestad

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 266 N° 6 del Código Civil, por el decreto de posesión provisoria se produce la emancipación de los hijos que se hallaban bajo patria potestad del padre desaparecido, salvo que corresponda ejercitar la patria potestad a la madre. Si la persona desaparecida es la madre que ejercía la patria potestad, se produce lisa y llanamente la emancipación de los hijos de familia (art. 266, N° 7 del Código Civil) debiendo designarse en tal evento, un tutor o curador.

Obligaciones de los poseedores provisorios

Tomando en consideración que la posesión que se les concede a los herederos presuntivos por este decreto es solamente provisoria, la ley les impone obligaciones destinadas a garantizar los intereses del desaparecido. Al efecto, el artículo 86 del Código Civil establece que los poseedores provisorios formarán ante todo un inventario solemne de los bienes, o revisarán y rectificarán con la misma solemnidad el inventario que exista. El artículo 89, por su parte, establece que cada uno de los poseedores provisorios prestará caución de conservación o restitución.

39. DECRETO DE POSESIÓN DEFINITIVA

Como su nombre lo indica, el decreto de posesión definitiva pretende

102 Citado por Vodanovic, op. cit., pág. 188.

103 Alessandri, Arturo: "TRATADO PRÁCTICO DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES" (Editorial Nascimento, Santiago, 1936), N° 760, págs. 475 y 476.

104 Citado por Vodanovic, op. cit., I, vol. 2, pág. 186.

105 Claro Solar, op. cit., I, pág. 246, N° 459.

consolidar la posesión provisoria que ostentaban los herederos presuntivos respecto de los bienes del desaparecido, otorgándoles a estos últimos y a otras personas con derechos subordinados a la muerte del ausente, la posibilidad de detentar sus bienes y derechos, más que como herederos presuntivos, como legítimos herederos que han sucedido a una persona verdaderamente difunta.

El decreto de posesión definitiva se concede en los siguientes casos y plazos:

a) Desaparecimiento de una nave o aeronave (art. 81 Nº 8);

b) Desaparecimiento de una persona que recibió una herida grave en guerra o que le sobrevino otro peligro semejante (art. 81 Nº 7);

c) Cuando se han cumplido cinco años desde la fecha de las últimas noticias y más de setenta desde el nacimiento del desaparecido (art. 82); y

d) Cuando han transcurrido más de diez años desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera sea la edad del desaparecido si viviese (art. 82).

Pueden pedir que se decrete la posesión definitiva de los bienes del desaparecido desde luego, los herederos presuntivos, esto es, los testamentarios y legítimos de este último, hayan o no obtenido a su favor la posesión provisoria.

En segundo lugar, pueden hacerlo todos aquellos que tengan derechos subordinados a la muerte del desaparecido, especialmente, los propietarios y los fideicomisarios de los bienes usufructuados o poseídos fiduciariamente por aquél.

Y, en tercer término, pueden pedir se decrete la posesión definitiva los legatarios.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52 Nº 4, del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, el decreto que concede la posesión definitiva debe inscribirse en el Conservador de Bienes Raíces que corresponda al departamento del último domicilio que el desaparecido tuvo en Chile.

40. EFECTOS DEL DECRETO DE POSESIÓN DEFINITIVA

Cancelación de cauciones

Decretada la posesión definitiva se cancelan las cauciones que habían constituido los poseedores provisorios para garantizar los intereses del desaparecido (art. 90, inc. 1º).

Enajenación de bienes

En virtud del decreto en análisis, los poseedores de los bienes del desaparecido pueden libremente vender y enajenar los bienes muebles e inmuebles sin restricción alguna.

Igualmente pueden constituir gravámenes sobre ellos.

Apertura de la sucesión

Si no hubiere precedido decreto de posesión provisoria, por expresa disposición del último inciso del artículo 90, se abre la sucesión del desaparecido según las reglas generales.

Partición de bienes

El decreto de posesión definitiva habilita a los herederos presuntivos para efectuar la partición de los bienes del desaparecido en conformidad con las reglas generales.

Derechos subordinados a la muerte del desaparecido

Como se ha señalado anteriormente, sólo en virtud del decreto de posesión definitiva, aquellos que tengan derechos subordinados a la muerte del desaparecido pueden hacerlo valer como en el caso de verdadera muerte.

En esta situación se encuentran las siguientes personas:

a) Los nudos propietarios de los bienes usufructuados por el desaparecido;

b) Los fideicomisarios de los bienes de los cuales el desaparecido era propietario fiduciario; y

c) Los legatarios (art. 91, Código Civil).

Sin embargo, la enumeración precedente no es taxativa. Eventualmente pueden existir otras personas que también sean titulares de derechos subordinados a la muerte del desaparecido.

41. RESCISIÓN DEL DECRETO DE POSESIÓN DEFINITIVA

Como hemos dicho, la declaración de muerte por desaparecimiento es en muchos aspectos una mera presunción legal que puede ser destruida, probándose que el desaparecido existe o que, habiendo muerto, el fallecimiento se produjo en otra fecha distinta.

Pero, si se prueba que no son efectivos los hechos presumidos, es menester, además, dejar sin efecto todas aquellas resoluciones judiciales que se dictaron al amparo de la presunción de muerte, y entre ellas muy especialmente, el decreto que concedió la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.

En la reglamentación de la forma y los medios para dejar sin efecto el decreto en análisis, el Código Civil utiliza la expresión "rescisión"; pero con ella no ha querido decir que nos encontramos en presencia de una nulidad relativa, pues esta sanción no puede identificarse ni por su naturaleza ni por sus efectos,

con la institución en comentario. Solamente utiliza esta expresión para fines prácticos.

Hablar de rescisión del decreto de posesión definitiva importa, entonces, dejar sin efecto la posesión de los bienes del desaparecido que detentaban ciertas personas. Significa, en otras palabras, ponerle término, recuperar, reivindicar de éstas dichos bienes, con el objeto de entregárselos al propio muerto presunto, si reapareciere, o a terceros con mejores derechos que ellos a los bienes de este último.

En consecuencia, el decreto de posesión definitiva puede rescindirse en primer término en favor del propio desaparecido si reapareciere (art. 93, Código Civil).

En segundo lugar puede rescindirse en favor de terceros con mejores derechos a los bienes del desaparecido que los herederos presuntivos o poseedores definitivos. En rigor, son derechos que excluyen a estos últimos. Estas personas, por expresa disposición del artículo 93 del Código Civil, son las siguientes:

a) Los legitimarios habidos durante el desaparecimiento; y

b) El cónyuge del desaparecido por matrimonio contraído en la misma época.

Son legitimarios, de acuerdo con el artículo 1182 del Código Civil, las siguientes personas: a) Los hijos legítimos, personalmente o representados por su descendencia legítima; b) Los ascendientes legítimos; c) Los hijos naturales personalmente, o representados por su descendencia legítima; y d) Los padres naturales que hubieren reconocido voluntariamente al hijo.

El legislador se refiere a los legitimarios habidos durante el desaparecimiento, por ejemplo, un hijo legítimo o natural habido durante esa época.

La enumeración que hace la ley es taxativa por lo que nadie más que estas personas pueden pedir la rescisión del decreto de posesión definitiva.

42. PLAZO PARA PEDIR LA RESCISIÓN

Para este objeto, es menester distinguir entre el desaparecido, por una parte, y el cónyuge y los legitimarios por otra.

a) El desaparecido puede pedir la rescisión en cualquier tiempo que se presente, o que haga constar su existencia (art. 94, N° 1).

b) Las demás personas sólo pueden pedirla dentro de los respectivos plazos de prescripción contados desde la fecha de la verdadera muerte (art. 94 N° 2).

En otras palabras, estas personas pueden pedir la rescisión mientras los poseedores definitivos no hayan adquirido por prescripción la herencia del desaparecido.

El plazo para adquirir por prescripción la herencia es de diez años contados en este caso desde la verdadera muerte (art. 2.512 Nº 1).

43. Efectos de la rescisión del decreto de posesión definitiva

El primer efecto, y el más fundamental, es que el desaparecido o los legitimarios y el cónyuge habido durante el desaparecimiento, recobran los bienes de manos de los herederos presuntivos o poseedores definitivos.

Sin embargo, por expresa disposición del artículo 94, los bienes se recuperarán en el estado en que se hallen, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y los demás derechos reales constituidos legalmente en ellos.

Esto significa que si los herederos presuntivos o poseedores definitivos hubieren vendido algunos bienes del desaparecido, las enajenaciones subsisten, y no habrá derecho a reivindicarlos de manos de terceros. Lo mismo ocurre si se hubieren constituido hipotecas o cualquier otro gravamen sobre ellos; en tales casos los bienes se recuperan con dichos gravámenes.

De acuerdo con el artículo 94 Nº 5 del Código Civil, para toda restitución los poseedores definitivos son considerados poseedores de buena fe, salvo que se pruebe lo contrario.

La mala fe consiste, en este caso, en haber sabido y ocultado la verdadera muerte del desaparecido o su existencia.

El que imputa mala fe a los demandados deberá probarlo. Si se prueba la mala fe, los poseedores demandados responderán de los deterioros de los bienes y tienen derecho al abono de las mejoras necesarias y útiles, todo ello conforme a las reglas que el código contempla en los artículos 904 y siguientes.

Finalmente, en cuanto a los frutos, los poseedores provisorios o definitivos no están obligados a restituirlos; pero en el caso de mala fe, hay lugar a la restitución.

44. La muerte presunta y el vínculo matrimonial

El artículo 38 de la ley de Matrimonio Civil establece: "Se disuelve también el matrimonio por la muerte presunta de uno de los cónyuges, si cumplidos cinco años desde las últimas noticias que se tuvieren de su existencia, se probare que han transcurrido setenta desde el nacimiento del desaparecido. Se disolverá, además, transcurridos que sean quince años desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera que fuere, a la expiración de dichos quince años, la edad del desaparecido, si viviere.

En el caso del número 8 del artículo 81 del Código Civil, el matrimonio se disuelve transcurridos dos años desde el día presuntivo de la muerte".

CAPÍTULO III

DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

I. PARTE GENERAL

45. CONCEPTOS GENERALES SOBRE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Todo ordenamiento jurídico civilizado dispensa su protección a un conjunto de aspectos de la persona tales como su vida, su libertad, su salud, su honor, las producciones de su inteligencia, etc., protección que, por sus diversas características, denota prácticamente el establecimiento de verdaderos "derechos subjetivos".

Este conjunto de derechos ha venido en constituirse en una nueva categoría que ha sido generalmente denominada con el nombre de "Derechos de la Personalidad", y que suelen definirse como aquellos que "garantizan al sujeto el señorío sobre una parte esencial de su personalidad (Gierke)" o bien, que "garantizan el goce de nosotros mismos, aseguran al individuo el señorío de su persona, la actuación de las propias fuerzas físicas y espirituales"[106]. De Castro los define como aquellos derechos "que conceden un poder a las personas para proteger la esencia de su personalidad y sus más importantes cualidades"[107].

Empero, el estudio de esta particular categoría de derechos o de bienes jurídicos ha dado lugar a una de las materias actualmente más debatidas por la ciencia jurídica.

En efecto, la doctrina contemporánea no se encuentra en absoluto de acuerdo, ni en torno al objeto sobre el cual recaen estos derechos; ni en relación a la naturaleza jurídica que revisten; ni tampoco, finalmente, sobre cuál sea el contenido concreto de los mismos, esto es, cuáles son aquellos derechos que pueden ser agrupados bajo esta determinada denominación.

---

106 Orgaz, op. cit., pág. 118.

107 José Castán Tobeñas: "DERECHO CIVIL ESPAÑOL, COMUN Y FORAL", I Vol. II (Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955), pág. 268.

46. OBJETO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

En doctrina se pueden distinguir diversas tendencias con respecto a este punto de la institución jurídica en análisis.

a) La primera, y la más antigua de ellas, considera que el objeto de estos derechos es la persona misma, puesto que la vida, la integridad física, el honor, etc., no son más que elementos constitutivos de la persona humana[108].

Empero, esta posición ha sido vivamente rebatida por otros autores que consideran que, constituyendo la vida, la integridad física, el honor, etc., elementos esenciales de la persona humana, representan o son el sujeto mismo de toda prerrogativa y, lógicamente, no pueden ser al mismo tiempo objeto de ella. En otras palabras, esta posición chocaría "con una dificultad técnica insuperable: la de dar a la persona humana dos cualidades inconciliables que es ser al mismo tiempo objeto y sujeto de los derechos de la personalidad"[109-110].

b) Una segunda posición sostiene que, si bien el objeto de estos derechos no es la persona misma como unidad, lo son sus diversos aspectos, esto es, los bienes jurídicos como la vida y la libertad que representan atributos físicos y morales del hombre, todos los cuales, si bien pueden considerarse como que lo son, elementos que integran una misma unidad que materialmente resulta ser indisoluble, nada impide que "intelectivamente puedan separarse de ella y ser aprehendidos en cada uno de estos derechos personalísimos, de modo independiente, como el punto de referencia de la prerrogativa jurídica del titular; esto es, como ese algo concreto, necesario, sobre el cual pueda él ejercerla"[111-112].

c) Una tercera posición sostiene que el objeto de estos derechos no debe ser buscado en la persona o en partes de ella, sino que en los demás conciudadanos que deban respetar la personalidad del individuo. De esta manera, Ferrara[113] sostiene que en los derechos de la personalidad, como en general en los derechos absolutos, "el objeto no es ya la res, sino los otros hombres obligados a respetar el goce... La vida, el cuerpo, el honor son el término de referencia de la obligación negativa que incumbe a la generalidad".

---

108 Según la opinión de Castán, op. cit., pág. 740, la existencia de una categoría de derechos sobre la propia persona ya había sido reconocida, con diversas modalidades, por Puchta, Windescheid, Chironi y otros civilistas muy autorizados.

109 Hugo Gatti: "PERSONAS", I (Editorial Acali, Montevideo, 1977), pág.18.

110 Esta objeción es contestada señalando que el sujeto es todo el hombre considerado como unidad física y moral, mientras que el objeto de cada uno de los derechos sobre la persona propia consiste en una manifestación determinada de la persona humana, bien sea física o moral.

111 Abelenda, op. cit., I, pág. 237.

112 Ésta parece ser la doctrina mayoritariamente aceptada. Así, Abelanda, op. cit., I, pág. 237 y Gatti, op. cit., I, pág.19.

113 Ferrara, citado por Castán Tobeñas, op. cit., pág.741.

d) Finalmente, hay posiciones que niegan, hoy en día, la existencia de derechos o poderes sobre la propia persona. Prefieren conceptuarlos como derechos sobre los atributos o manifestaciones de la personalidad[114] o sobre los modos de ser físicos o morales del hombre[115].

47. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Respecto de su naturaleza, y aun aceptando una facultad o poder jurídico sobre la propia persona, se discute si estos poderes son o pueden ser considerados como verdaderos derechos subjetivos.

a) Una minoría de juristas considera que los llamados derechos de la personalidad no son verdaderos derechos subjetivos, pues "la personalidad no puede ser objeto de derechos, porque ella, al contrario, es sujeto de todo derecho; esto no varía porque se diferencian de la personalidad sus diversos elementos (vida, integridad, honor, etc.), pues se trata siempre, en definitiva, de la protección de la personalidad misma, única e indivisible"[116].

En otras palabras, como la personalidad no puede ser objeto de derechos, no se pueden configurar sobre ella derechos subjetivos, los cuales, evidentemente, carecerían de objeto.

Para esta posición, estos poderes o facultades son meros reflejos del derecho objetivo, a través de los cuales se concede a ciertas manifestaciones de la personalidad una protección o tutela jurídica[117]. Sostienen, también, que la vida, la integridad corporal o psíquica, el honor, la intimidad, etc., no otorgan a los respectivos titulares ninguna facultad específicamente concedida, nada que éstos puedan hacer o no hacer a su arbitrio, nada que dependa en su realización de su exclusiva voluntad, todo lo cual resulta esencial en el derecho subjetivo. El derecho subjetivo -afirman- sólo surge después de la lesión inferida por otro sujeto a sus bienes, y cuando surge, ya no se caracteriza como un derecho a la vida, al honor, a la intimidad, sino, simplemente, a obtener la condenación penal o civil del ofensor. Esto significa que el derecho subjetivo aparece sólo accesoriamente, y cuando lo hace, ya no tiene por objeto ni por contenido la vida, la integridad, etc., sino el objeto propio constituido por las consecuencias establecidas por la ley.

Por ello, Orgaz[118] prefiere considerar estos derechos como bienes personales

---

114 Francisco Messineo: "MANUAL DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL" (Ediciones Jurídicas Europa América, 1971), pág. 60.

115 Lodocivo Barassi: "INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL", I, 4ta. Edición (Editorial Bosch, Barcelona), pág. 110.

116 Orgaz, op. cit., pág. 121.

117 Según Castán Tobeñas, op. cit., pág. 743, niegan a estos poderes la calidad de verdaderos derechos subjetivos, Savigny, Thon, Unger, Jellinek, Enneccerus, Crome, Oertman, Von Thur, Rava y otros.

118 Orgaz, op. cit., pág. 130.

tutelados por el derecho objetivo, sin que de esa protección pueda inferirse el establecimiento de verdaderos derechos subjetivos.

b) La gran mayoría de los juristas considera que nos encontramos en presencia de verdaderos derechos subjetivos, aunque discrepen sobre cuál sea el objeto de ellos[119]. Niegan que la personalidad en sus diversos aspectos, esto es, intelectualmente dividida, no pueda ser considerada en cada uno de esos aspectos objeto de derechos. Finalmente, sostienen que, "frente a la prerrogativa de la persona humana sobre su vida, integridad física, honor, libertad, etc., existe un deber jurídico general de respeto, que es lo que caracteriza a todo derecho subjetivo"[120].

Por nuestra parte, y siguiendo en este punto la opinión de Ferrara y Castán[121] creemos que la protección pública en determinados bienes personales no es índice de la existencia del derecho subjetivo; pero esta existencia es evidente cuando esa tutela pública se individualiza a favor del particular o se deja a su arbitrio. Ello hace que, como escribe el propio Ferrara, el problema no sea susceptible de una respuesta única. Muchos de los llamados derechos de libertad viven todavía en el estado difuso de protección pública (libertad de reunión, de pensamiento, de convivencia, etc.) y constituyen efectos reflejos del derecho objetivo. Mas, para ciertas categorías de bienes personales (integridad física, honor, nombre) ha podido tener lugar un fenómeno de concentración de esa tutela a favor de los particulares bajo formas de derechos subjetivos.

48. IMPORTANCIA PRÁCTICA DE LA DISCUSIÓN

Las consecuencias prácticas que se siguen de aceptar o no a los derechos de la personalidad como verdaderos derechos subjetivos radican, principalmente, en lo referente a indemnización del daño. Ello, porque mientras se afirme que dichos derechos no son propiamente "subjetivos", se debe concluir que sólo gozan de protección en las direcciones concretas indicadas en la ley protectora y sólo en tanto medien prohibiciones especiales expresas; de lo cual se concluye que fuera de esos casos concretos y especiales, dichos bienes jurídicos carecen de protección. En cambio, los derechos subjetivos gozan de una protección completamente general y preferente contra todo ataque culposo, sin necesidad de demostrar que la ley repudia o rechaza el ataque concreto que se ha realizado en su contra, puesto que el derecho subjetivo consiste, precisamente, en la circunstancia de que el orden jurídico positivo se ponga a disposición de un individuo determinado para la satisfacción de sus intereses, esto es, delegue en un individuo la posibilidad de imponer deberes jurídicos a terceros.

---

119 Abelenda, op. cit., I, pág. 235, y todos aquellos citados por este autor en cita N° 93 de dicha página.

120 Abelenda, op. cit., I, pág. 237.

121 Castán Tobeñas, op. cit., pág. 744.

Por ende, si se considera que bienes tales como la integridad corporal, la intimidad, el honor, etc., no son derechos subjetivos, sólo se deberá indemnizar el daño causado en la medida que la norma jurídica que instituye la protección de dichos bienes haya establecido una expresa prohibición, que quedó vulnerada con el acto o hecho de que se trate.

Si por el contrario, se considerare que tales bienes constituyen verdaderos derechos subjetivos, no es necesario demostrar la existencia de esa prohibición, ni tampoco, evidentemente, que se haya violado alguna prohibición. Sólo se debería probar la existencia y cuantía del daño.

49. CONTENIDO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Tampoco existe en doctrina unidad de criterios en torno a cuál sea el contenido concreto de esta categoría de derechos. Así, aparte de los derechos relativos a la vida, a la libertad, a la integridad física, al honor y a la privacidad, sobre los cuales no hay discusión, algunos incluyen los derechos intelectuales, que otros rechazan.

50. CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Las características principales de los derechos de la personalidad son las siguientes:

a) Son derechos originarios o innatos, pues se adquieren con el nacimiento y no hay, en el fondo, un medio propiamente legal de adquisición de los mismos. No obstante, no todos los derechos de la personalidad emergen sobre la base del supuesto de la personalidad (un ejemplo es el caso del derecho moral de autor). En algunos casos se requiere la concurrencia de ciertos supuestos de hecho.

b) Son derechos absolutos o de exclusión desde el momento que pueden oponerse "erga omnes".

c) Son derechos extrapatrimonales, pues no son susceptibles de una valoración pecuniaria; lo que no obsta para que su lesión pueda dar lugar a una indemnización en dinero a título de compensación por el equivalente de aquellos bienes vulnerados.

d) Son imprescriptibles e irrenunciables y duran toda la vida del titular. No obstante, alguno de ellos, como el derecho moral de autor, puede ser transmitido por causa de muerte. No puede, sin embargo, transferirse por acto entre vivos.

51. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y DAÑO MORAL

Conviene destacar, previamente, que de acuerdo con nuestra legislación positiva, todo daño inferido a otra persona debe ser indemnizado, pues rompe el

orden jurídico. Sin tomar en consideración otras clasificaciones no contingentes al tema en comentario, el daño ha sido generalmente clasificado en "patrimonial" y "moral", dependiendo básicamente de los resultados o consecuencias de la acción antijurídica, esto es, si provoca un menoscabo en el patrimonio de la víctima o en sus intereses morales tutelados por la ley.

Daño moral, entonces, es la lesión de un interés moral tutelado por la ley. Y dicho interés no es otra cosa que los derechos de la personalidad, en estudio.

Es conveniente recordar, entonces que la lesión de un derecho de la personalidad dará siempre lugar a la obligación de indemnizar el daño producido a la víctima en una parte esencial de su propia personalidad, daño que, desde un punto de vista jurídico, se denomina "moral", sin perjuicio de que, también, pueda originarse un daño patrimonial indirecto, esto es, un daño que, siendo moral provoque como consecuencia, un perjuicio pecuniario a la víctima.

A contrario sensu, no es posible sostener que pueda hablarse de daño moral mientras no exista la privación, menoscabo o deterioro de un derecho de la personalidad tutelado por la ley.

Si de la tutela dispensada por la ley se deriva un verdadero derecho subjetivo, porque se concede una protección completamente general y preferente contra todo ataque culposo, poniéndose el derecho objetivo a disposición del titular para cumplir y hacer cumplir los deberes jurídicos que éste imponga a terceros, dentro del marco general autorizado por el propio orden jurídico, el que demanda la indemnización del daño no deberá probar más que la existencia del mismo.

En cambio, si de la tutela dispensada por la ley no puede derivarse la existencia de un derecho subjetivo, puesto que no hay nada que el afectado pueda hacer, nada que la ley deje a su arbitrio, ningún poder o señorío que la ley otorgue a su voluntad, entonces, deberá demostrar, además, que el interés perjudicado con la acción culposa se encuentra específicamente protegido por el ordenamiento jurídico, y sólo en este evento será indemnizado el daño causado[122].

Desde luego que una conclusión en alguno de los dos sentidos expresados sólo se puede obtener después de un análisis de todas las normas del ordenamiento jurídico referentes al derecho de la personalidad de que se trate.

II PARTE ESPECIAL

DERECHO A LA INTEGRIDAD CORPORAL O PSÍQUICA

52. CONCEPTOS GENERALES

Aparte de la tutela penal que nuestro ordenamiento dispensa a la integridad corporal o psíquica, pueden encontrarse numerosas disposiciones que trascienden esta protección penal y penetran en otras ramas de la ciencia jurídica.

---

122 Véase el párrafo 48.

Por de pronto, el Nº 1 del artículo 19 de la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

"El principio general es el de la inviolabilidad de la integridad física como una consecuencia necesaria del valor absoluto de la persona humana, presupuesto tácito de nuestro sistema jurídico y de nuestra ética individual y social: nadie, por tanto, ni el Estado ni otra persona puede invadir la esfera de la integridad corporal, aunque sea con fines en sí mismo legítimos, sin el consentimiento del interesado o, en su defecto, del que tenga legalmente derecho a prestarlo"[123].

En consecuencia, todo atentado en contra de la integridad física o psíquica de una persona obliga al ofensor a indemnizar a la víctima de los perjuicios patrimoniales y morales que le ha causado la lesión.

La protección de la integridad corporal y psíquica de las personas es un asunto que compromete el interés de la comunidad. Por ello, la renuncia del interesado no legitima, en la mayoría de los casos, la violación de este derecho de la personalidad. No obstante, debe quedar en claro que hay acciones que sólo revisten el carácter de violatorias de la integridad corporal o psíquica cuando son realizadas sin el consentimiento de la persona. Tal es el caso, por ejemplo, de las operaciones quirúrgicas y de los reconocimientos médicos, los cuales pueden devenir en un atentado en contra de la integridad corporal o psíquica de los individuos, en la medida en que se realicen sin el consentimiento de ellos o de sus representantes; y, aun así, los médicos que los realicen sólo incurren en responsabilidad si se produjera un daño físico o psicológico permanente o transitorio a la víctima como consecuencia de la intervención quirúrgica o del auscultamiento.

53. NATURALEZA DEL CUERPO VIVO

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza jurídica del propio cuerpo y sobre la licitud de los actos de disposición del mismo o de alguna de sus partes. La doctrina más antigua sostiene que nos encontramos en presencia de un derecho de propiedad sobre el propio cuerpo; empero, la corriente más moderna prefiere considerar esta relación no ya como un derecho de propiedad sino más bien como un derecho personal (no patrimonial) de disposición dentro de los límites de la ley.

A mayor abundamiento, una parte de la doctrina considera que no puede hablarse de facultades de disposición del cuerpo, porque no es correcto sostener que sea lícito al hombre disponer de su integridad corporal o de su vida, aun cuando le animase el más legítimo de los afanes. Es preferible hablar de facultades de disposición de las partes separadas del cuerpo.

Siguiendo en esta materia la opinión de Orgaz[124] consideramos que "el cuerpo de una persona viva no es, ni en el todo ni en cualquiera de sus partes, una

---

123 Orgaz, op. cit., pág. 139.
124 Orgaz, op. cit., pág. 142.

"cosa" en sentido jurídico, por lo que mal podría sostenerse la existencia de un derecho de propiedad sobre el cuerpo propio.

Empero, cuando una de las partes del cuerpo se encuentra separada del mismo se convierte en cosa y pasa a pertenecer en propiedad a la persona cuyo cuerpo integraba[125]. Luego el cabello, la sangre y otros tejidos u órganos del cuerpo de una persona que hubiesen sido separados pasan a ser propiedad de la misma persona, sin perjuicio de que, para los efectos de la disposición de los mismos, el referido individuo encuentre algunas limitaciones impuestas en consideración a la moral y a las buenas costumbres, según se verá.

No creemos que se pueda discutir desde un punto de vista moral la licitud del hecho de que una persona se haga dueña de las partes separadas de su cuerpo, cualquiera que ellas fueren, renovables o no. El problema se centra más bien en analizar bajo qué circunstancias la separación de un órgano o tejido del cuerpo de una persona puede ser considerada un atentado en contra de la integridad física de la misma y, por consiguiente, pueda ser sancionada civil y penalmente.

Sobre este particular creemos que no se pueden dar reglas que solucionen el problema propuesto de manera general. El asunto se resolverá según sea la naturaleza de las partes del cuerpo separadas, si son o no renovables y si entraña o no una disminución permanente a la integridad física, si se cuenta o no con la autorización de la persona y, finalmente, si la separación es o no de otro modo contraria a la ley, al orden público y a las buenas costumbres.

54. FACULTADES DE DISPOSICIÓN DE UN ÓRGANO PARTE DEL CUERPO VIVO

Como se podrá comprender, en estrecha relación con lo anterior y a base de los mismos principios habrá de resolverse la cuestión de si son o no válidos los actos o contratos que tengan por objeto el aprovechamiento de órganos, tejidos o partes del cuerpo de una persona viva y, en general, los actos de disposición de las partes separadas del mismo.

Debemos advertir, no obstante, que nuestro ordenamiento jurídico contiene normas que resuelven en gran parte la cuestión planteada.

En efecto, el actual artículo 152 del Código Sanitario establece: "Será nulo y sin ningún valor el acto o contrato que, a título oneroso, contenga la promesa o entrega de un órgano o parte del cuerpo para efectuar un trasplante".

De esta manera, por regla general, los actos de disposición de un órgano o de partes del cuerpo humano para efectuar un trasplante sólo puede realizarse a título gratuito. Si fueren a título oneroso adolecerían de nulidad absoluta, según el transcrito artículo 152 del Código Sanitario.

La norma, sin embargo, no soluciona completamente la cuestión planteada. Por de pronto, debemos señalar que el artículo 152 referido no rige respecto a los órganos o partes del cuerpo que no sean susceptibles de trasplantes y no rige tampoco cuando al acto o contrato no tenga por objeto inmediato o, expresado en

---

125 Y es lógico que así ocurra porque ha dejado de integrar la unidad ontológica del ser humano.

términos jurídicos, no tenga como causa o motivo que induzca a su celebración, efectuar un trasplante.

Y el hecho de que se puedan utilizar para otros fines distintos al trasplante, queda de manifiesto por el propio artículo 153 del Código Sanitario en cuanto establece que "las placentas y otros tejidos que determine el reglamento podrán destinarse a la elaboración de productos terapéuticos y a otros casos que el mismo reglamento indique".

No por ello podemos aceptar, sin embargo, que los actos de disposición no regidos por el artículo 152 sean permitidos de manera absoluta por nuestro ordenamiento jurídico. La cuestión quedará sujeta a las normas generales contenidas en nuestro código civil, y así el acto o contrato será válido en la medida que no atente en contra de la moral, las buenas costumbres y al orden público, cuestión a resolver en cada caso[126].

Tampoco creemos que el artículo 153 del Código Sanitario permita la libre comercialización y venta de placentas y de los otros órganos o tejidos que señale el reglamento, aun cuando el adquirente los destine a la elaboración de productos terapéuticos y con mayor razón cuando se utilice para otros usos.

Como se ha señalado anteriormente, el citado artículo 152 del Código Sanitario permite la celebración de actos o contratos a título gratuito, que contengan la promesa o entrega de un órgano o parte del cuerpo humano para efectuar un trasplante. Ahora bien, el artículo 145 del citado Código Sanitario establece los requisitos que deben cumplir los actos o contratos mencionados.

El artículo 145 establece: "El aprovechamiento de órganos, tejidos o partes del cuerpo de un donante vivo para su injerto o trasplante en otra persona, sólo se permitirá cuando fuere a título gratuito y con fines terapéuticos, y se cumplan además, los siguientes requisitos:

1º Que el donante sea legalmente capaz. No obstante, podrá efectuar estas donaciones la mujer casada en régimen de sociedad conyugal, siempre que sea mayor de edad, y

2º Que el donante, previamente informado, deje constancia en un acta firmada ante el director del establecimiento hospitalario donde se va a efectuar el trasplante, de su voluntad de efectuar la donación. El acta será también suscrita por el médico que informe al donante sobre los riesgos que corre con motivo del trasplante. El reglamento señalará las materias esenciales que deba contener dicha información, de la que se dejará, asimismo, constancia en el acta".

De la mera lectura del artículo recién transcrito se desprenden las siguientes consideraciones:

a) El artículo 145 rige solamente para el caso que los órganos, tejidos o partes

---

126 No vemos que se oponga a la moral y a las buenas costumbres la venta que haga una mujer de su cabello; pero no nos cabe duda alguna que la venta de sangre compromete seriamente la moral y las buenas costumbres.

del cuerpo de un donante vivo sean destinados a ser injertados o trasplantados a otra persona. En consecuencia, cuando sean destinados a otros fines, el acto o contrato no necesitará cumplir con los requisitos que establece el artículo en comentario, sin que por ello puedan estimarse en sí mismos legítimos, pues, como se ha dicho precedentemente, estos actos quedan regidos por las normas generales sobre validez o nulidad de los actos o contratos.

b) El aprovechamiento de órganos, tejidos o partes del cuerpo debe cumplir con los siguientes requisitos:

1º Debe ser hecho a título gratuito, lo cual supone que el donante no puede recibir remuneraciones, honorario o cualquier otra prestación por la entrega que haga del órgano, tejido o parte de su cuerpo.

2º El aprovechamiento debe ser hecho para fines terapéuticos, esto es, con el objeto de sanar enfermedades del paciente receptor, entendiendo por enfermedad toda alteración más o menos grave de la salud del cuerpo animal. Por salud debe entenderse el estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones.

3º Además, se debe cumplir con los requisitos formales mencionados en los Nos. 1 y 2 del citado artículo.

4º Finalmente, nos parece que no es conveniente que el ordenamiento jurídico permita a priori y en la forma ya descrita, la donación de órganos o partes del cuerpo de una persona cuando produzca una incapacidad física permanente del donante o ponga en peligro su vida[127]. Reconocemos, sin embargo, que el sacrificio personal, en cualquier forma que se dé, es el acto más elevado de la vida moral. Pero más acá del orden perfecto y del amor infinito, tenemos que reconocer que en este mundo obramos entre obstáculos y en el seno de contradicciones y, lo que es más triste, lo que juzgamos sabiamente hoy día puede que se transforme mañana en algo aberrante, tanto para nosotros como para terceros que dependan de uno, pues no podemos prever las consecuencias que tendrán nuestros actos.

No estamos en contra de que nuestro ordenamiento jurídico permita este tipo de sacrificios personales. Lo que sí reparamos es que se acepte de manera tan absoluta y sin la intervención de terceros que aconsejen prudentemente al donante.

55. NATURALEZA DEL CADÁVER. FACULTADES DE DISPOSICIÓN

En rigor, el llamado derecho sobre el cadáver queda excluido, en parte, de la

---

127 Otras legislaciones no siguieron el mismo principio. Así, el Código Civil Italiano, en su artículo 5, prescribe que "los actos de disposición del propio cuerpo son prohibidos cuando entrañan una disminución permanente de la integridad física o cuando sean de otro modo contrarios a la ley, al orden público y a las buenas costumbres".

esfera de los llamados derechos sobre la personalidad, pues se sostiene[128] que, "la persona exige precisamente la fusión de un elemento espiritual con un elemento corpóreo; la muerte pone fin a esta fusión y, consiguientemente, a la persona. No obstante, hay otros[129] que consideran que la protección concedida a la persona se prolonga en alguna medida sobre su cadáver, principalmente en cuanto a la disposición del mismo, a su destino, cremación, lugar de entierro, etc.

Ahora bien, según la mayoría de la doctrina, el cadáver de una persona no puede ser considerado como una cosa, por lo que no caben a su respecto derechos reales o personales, sea de los herederos, de los parientes o de cualquier otra persona.

Nuestra legislación recoge básicamente los principios antes indicados. En efecto, el artículo 146 del Código Sanitario autoriza y reglamenta el derecho a disponer del cadáver o de alguna de sus partes con el objeto de ser utilizado en fines de investigación científica, para la docencia universitaria, para la elaboración de productos terapéuticos, en la realización de injertos o para destinarlo a trasplante de órganos para fines terapéuticos.

Desde el momento que se autoriza la celebración de actos de disposición sobre el cadáver se reconoce, asimismo, tanto la calidad de "cosa" del mismo como la posibilidad de celebrar actos jurídicos con relación a él. Así, el instituto que tiene el cadáver para fines de investigación jurídica o de docencia universitaria es dueño de él, y por lo tanto, puede reivindicarlo de manos de terceros y ejecutar todos aquellos actos de dominio que no atenten en contra del fin mencionado, el orden público y las buenas costumbres. Así también, la empresa que puede utilizarlo en otros fines no previstos por la ley. En otras palabras, la ley le ha dado al cadáver el carácter de "cosa" para ciertos fines previstos en la norma. Fuera de esos fines, el cadáver no es cosa.

Por las mismas razones, los actos o contratos que se relacionen con el cadáver sólo pueden tener como causa o motivo que induzca a su celebración algunos de los fines mencionados. De lo contrario, o el acto carecerá de objeto o adolecerá de causa ilícita, pues, fuera de esos fines, ella será contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres.

De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 147 y 148 del Código Sanitario, pueden disponer del cadáver de un individuo las siguientes personas:

a) El propio sujeto, siempre que sea legalmente capaz, entendiéndose por tal la mujer casada bajo régimen de sociedad conyugal que sea mayor de edad (art. 146);

b) El cónyuge, y a falta de éste, los parientes en el orden señalado en el artículo 42 del código civil (art. 148 CS).

c) Los establecimientos hospitalarios públicos o privados y Servicio Médico

---

128 Castán, op. cit., pág. 759.
129 Orgaz, op. cit., pág. 143 y los demás citados por el mismo autor.

Legal respecto de cadáveres no reclamados dentro del plazo que señale el reglamento o cuando el cónyuge o a falta de éste, los parientes en primer grado de consanguinidad en línea recta o colateral no manifestaren su oposición dentro del plazo y en la forma que señala el reglamento (art. 147 CS).

Todas las personas o entidades mencionadas precedentemente tienen derechos de disposición sobre el cadáver; pero no todos pueden disponer de él de igual manera.

En efecto, los establecimientos hospitalarios y el Servicio Médico Legal no pueden disponer del cadáver de una persona para destinarlo a trasplantes con fines terapéuticos. Esta facultad sólo la tiene la propia persona durante su vida, y, muerta ésta, los parientes mencionados en la letra b) precedente.

Finalmente, se debe señalar que los parientes llamados a dar la autorización para la utilización del cadáver deberán ser capaces.

56. FORMAS DE UTILIZACIÓN DEL CADÁVER

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 145 del Código Sanitario el cadáver de una persona sólo puede ser utilizado para alguno de los siguientes fines: a) Investigación científica; b) Docencia universitaria; c) Elaboración de productos terapéuticos; d) Realización de injertos; y e) Trasplante de órganos con fines terapéuticos.

En otras palabras, la causa o motivo que induzca al acto o contrato que tenga por objeto la disposición del cadáver de una persona, sólo puede consistir en alguna de las ya mencionadas. De lo contrario, el acto será nulo por ilicitud de la causa, atendido que, obviamente, fuera de esos fines, ella será contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres.

Por fines terapéuticos se deben entender todos aquellos que vayan destinados a sanar enfermedades; por enfermedad se debe entender toda alteración más o menos grave de la salud del cuerpo animal; y finalmente, por salud debe entenderse el estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones.

57. REALIZACIÓN DE TRASPLANTES

La ley ha debido reglamentar la utilización de partes del cadáver de una persona para ser trasplantadas a pacientes vivos, porque entiende que esto no sólo compromete en mayor medida el orden público sino, también, y muy especialmente, porque en estos casos intervienen personas expuestas a grandes presiones emocionales, sentimentales y afectivas.

Por estos motivos, establece claramente las siguientes cosas: a) Señala cómo se determina el momento de la muerte de la persona; y b) Instituye el carácter necesariamente gratuito de los actos o contratos que tengan por objeto efectuar un trasplante.

Momento de la muerte

La muerte del donante se acredita mediante certificación médica otorgada por dos facultativos, uno de los cuales, al menos, deberá desempeñarse en el campo de la neurología o neurocirugía. Al efecto, el artículo 149 establece:

"Para los efectos de lo previsto en el inciso segundo del artículo 146 y en el precedente, la muerte se acreditará mediante certificación médica otorgada por dos facultativos, uno de los cuales al menos, deberá desempeñarse en el campo de la neurología o neurocirugía.

Los facultativos que otorguen la certificación no podrán formar parte del equipo que realice el trasplante.

Sólo podrá otorgarse la certificación cuando se haya comprobado la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas, lo que se acreditará mediante la certeza diagnóstica de la causa del mal y, a lo menos, dos evidencias electroencefalográficas, en la forma que señala el reglamento. Éste podrá, además, indicar procedimientos adicionales para certificar la muerte.

En estos casos, al certificado de defunción expedido por el médico se agregará un documento en que se dejará constancia de los antecedentes que permitieron acreditar la muerte".

Gratuidad de los actos o contratos que tengan por objeto un trasplante

El artículo 152 del Código Sanitario ha dispuesto expresamente que "será nulo y sin ningún valor el acto o contrato que, a título oneroso, contenga la promesa o entrega de un órgano o parte del cuerpo para efectuar un trasplante". La regla general al respecto es, entonces, la gratuidad de los referidos actos.

58. FORMALIDADES DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN DEL CADÁVER

a) Si se trata de la propia persona que dispone de su cadáver, deberá expresar su voluntad por escrito, pudiendo revocarla en la misma forma, todo ello en conformidad con las solemnidades que exija el reglamento (art. 146 inc. 3).

b) Si se trata de los parientes, la autorización que otorguen se hará en un acto suscrito ante el director del establecimiento donde hubiere ocurrido el fallecimiento de la persona cuyo cadáver se dispone (art. 148).

59. CONCLUSIONES SOBRE EL CARÁCTER GRATUITO U ONEROSO DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN DEL PROPIO CUERPO

Del análisis de las disposiciones del Código Sanitario mencionadas no se puede concluir que todos los actos de disposición del propio cuerpo, ya vivo ya muerto, deban hacerse siempre a título gratuito.

La verdad es que el Código Sanitario sólo prohíbe o impide la celebración de actos o contratos a título oneroso en dos casos:

a) Cuando se refieran al injerto o trasplante de un órgano, tejido o partes del cuerpo de un donante vivo (art. 145);
b) Cuando tengan por objeto utilizar partes del cadáver de una persona para efectuar un trasplante (art. 152).

En los demás casos, es decir, cuando los actos de disposición tengan por objeto destinar las partes separadas del cuerpo de una persona viva o el propio cadáver o alguna de sus partes, a fines de investigación científica, para la docencia universitaria, para la elaboración de productos terapéuticos u otros usos autorizados por el reglamento, el Código Sanitario no impide o prohíbe que sean a título oneroso.

Sin embargo, no por eso podemos concluir, como se ha dicho, que el acto o contrato oneroso sea siempre válido. El acto se regirá por las reglas generales y por tanto, podrá ser anulado, por ser, en su caso, contrario a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.

EL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD PRIVADA Y A LA PROPIA IMAGEN

60. CONCEPTOS GENERALES

El artículo 19 Nº 4 de la Constitución Política del Estado asegura a todas las personas "El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia...". Agrega el precepto constitucional que "la infracción de este precepto, cometida a través de un medio de comunicación social, y que consistiere en la imputación de un hecho o acto falso, o que cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia", será constitutiva de delito y tendrá la sanción que determine la ley. Con todo, el medio de comunicación social podrá excepcionarse probando ante el tribunal correspondiente la verdad de la imputación, a menos que ella constituya por sí misma el delito de injuria a particulares. Además, los propietarios, editores y administradores del medio de comunicación social respectivo serán solidariamente responsables de las indemnizaciones que procedan".

Del precepto constitucional recién transcrito se concluye que es menester determinar y precisar, por una parte los conceptos de honra, honor, intimidad privada y derecho a la propia imagen; y por la otra compatibilizar la protección que a estos derechos asegura la Constitución con el derecho a informar, que también consagra. (Véase 70).

Constituyendo eventualmente el honor, la intimidad privada y la propia imagen derechos de la personalidad, es lógico que su desarrollo competa la esfera del derecho privado, salvo los casos en que su transgresión sea constitutiva de delito.

61. EL DERECHO AL HONOR

En relación al derecho en comentario es preciso hacer una advertencia preliminar: no existe un atentado o transgresión del derecho al honor que no sea constitutiva de delito, ya consista en una injuria, ya en una calumnia. A esta petición de principio se debe llegar siempre que se quiera concluir, como lo haremos nosotros, que no son una misma cosa el derecho a la intimidad privada y a la propia imagen.

Pero partiendo de la base de la premisa antes indicada, se debe concluir, también necesariamente, que lo que sea este derecho al honor y sus características sustanciales ha de deducirse del ámbito penal, y más correctamente de las prescripciones contenidas en el libro II del Título VIII, párrafos 6, 7 y 8 del Código Penal.

Se ha de concluir, también, de esta premisa, que no existe una protección civil del derecho al honor. Y esto, porque no se puede afirmar que existan atentados de tipo intermedio, esto es, que siendo reprochables desde el punto de vista civil, o sea, que constituyendo delito o cuasidelito civil, no sean, sin embargo, hechos constitutivos del delito de injuria o calumnia. En otras palabras, no existe una transgresión al honor de un tercero que no reúna los elementos del tipo penal denominado injuria o calumnia; y, a la inversa, no hay transgresión al honor de las personas, si no se reúnen todos estos elementos y ello porque el concepto de honor se construye y se configura a partir del derecho penal.

El honor de las personas es entendido en dos niveles: Como crédito moral y como proyección de la virtud.

En el primer nivel se concibe como un patrimonio moral a la naturaleza humana, igual en todos los hombres, imprescriptible, inalienable y que no puede perderse cualesquiera que sean las circunstancias, los actos personales o la degradación moral del propio individuo. Consiste en un mínimo de respetabilidad y decoro consustancial a la dignidad ontológica del hombre y que siempre ha de suponerse en el trato con las personas, pues es lo que permite al hombre alcanzar la sociabilidad[130]. Perderlo en este nivel, "es tanto como ser excluido de la comunidad, verse privado del status propio del perteneciente a ella"[131].

La violación del derecho al honor considerado en este nivel es constitutivo del delito de injuria. "Y precisamente porque se trata de esta dignidad, igual para todos los hombres, independiente del comportamiento ético, inadmisible, inalienable e imprescriptible, nuestro sistema penal no admite -salvo en casos excepcionales afectantes al interés público- la exceptio veritatis"[132].

---

130 Carlos Soria: DERECHO A LA INFORMACIÓN Y DERECHO A LA HONRA (A.T.E. Barcelona, 1981), pág.15. En el mismo sentido se manifiesta Puig Peña: TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL, I (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958), pág. 62. Al efecto dice: "El derecho a la honra, o sea, el concepto que los demás tienen de nuestro honor".

131 Soria, op. cit., pág. 45.

132 Soria, op. cit., pág. 117.

El honor, considerado en su segundo nivel, se concibe como una proyección de la virtud engendrada en el patrimonio moral de una persona. En este sentido el honor corresponde exactamente a la definición contenida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua: "Gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas del que se la granjea". Este nivel del honor "tiene un significado trascendente al propio individuo, porque a partir de él se proyecta, como la sombra, en la sociedad"[133]. Es uno de los efectos que se siguen a las acciones que encierran virtud.

Pero por la misma circunstancia de ser considerado este nivel del honor como una proyección, como una sombra de la virtud, se ha de reconocer también que, como ésta, el honor será personal y libre, y admitirá planos y grados diferentes. No todas las personas son igualmente honorables desde el momento que no todas son igualmente virtuosas. Es por ello que este nivel del honor no es consustancial a la naturaleza humana, sin perjuicio que lo sea el anhelo de poder llegar a obtenerlo.

Asimismo, este nivel del honor, por ser una sombra de la virtud, debe ser considerado como esencialmente variable, esto es, puede recortarse de manera importante y aun perderse, en la medida que su fuente, la virtud, se ciega o se destruye.

La virtud se pierde por la comisión de un hecho reprochable y de la misma manera se pierde este nivel del honor. La manera de protegerlo es impedir y sancionar las imputaciones falsas que puedan llegar a destruir la imagen virtuosa que proyecta un individuo. Es por esto que la violación de este segundo nivel del honor constituye o configura el delito de calumnia.

"Lo que lesiona frontalmente la calumnia, precisamente porque es requisito esencial que la imputación sea falsa, es la verdad del patrimonio moral de un hombre"[134]. De aquí se deriva el papel tan diferente que desempeña la "exceptio veritatis" en la calumnia, al quedar el acusado exento de responsabilidad probando la verdad del hecho criminal que ha imputado.

62. EL DERECHO A LA INTIMIDAD PRIVADA

El derecho a la intimidad privada ha sido definido como aquel que le permite al individuo desarrollar su propia vida privada con el grado mínimo de interferencia, libre de perturbaciones que le ocasionen las autoridades públicas y otros individuos, estén o no investidos de autoridad.

63. LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS Y LA INTIMIDAD

La ciencia del derecho utiliza fundamentalmente dos sistemas para proteger

---

133 Soria, op. cit., pág. 19.

134 Soria, op. cit., pág. 118.

determinados bienes jurídicos, a saber: (a) Estableciendo sanciones ante el atentado o perturbación de tales bienes; y (b) Instituyendo determinados derechos subjetivos para la protección que se busca. Estos dos sistemas son clásicos y el legislador recurre indistinta o conjuntamente a ellos según sea la naturaleza misma del bien de que se trate y los tiempos, lugares y costumbres.

Utiliza sólo el primer sistema cuando no puede entregar al propio titular del bien el manejo total y completo de él por considerar que la disposición del mismo interesa a todo el cuerpo social y no sólo a la persona involucrada. Así por ejemplo, para la protección de la vida humana el legislador establece diversas sanciones para todos aquellos que la menoscaben o perturben. Sin embargo, no instituye un determinado derecho subjetivo, fundamentalmente porque es contrario a las normas morales entregar al titular del derecho la facultad de disponer de su propia vida. De esto se sigue que la vida podrá ser un derecho humano fundamental, pero claramente no es considerado por la ciencia del derecho como un "derecho subjetivo".

Utiliza el segundo camino o ambos cuando resulta lícito, de acuerdo a las normas morales y los requerimientos de orden público, que tales bienes jurídicos sean completamente administrados por sus respectivos titulares. Así por ejemplo, para la protección del dominio o propiedad, el legislador reconoce o sanciona la existencia de un derecho subjetivo singular -diríamos el derecho subjetivo por excelencia- denominado derecho de dominio o propiedad, en virtud del cual se le reconoce a su titular la posibilidad de hacer con la cosa lo que su voluntad libremente determine salvo empero el derecho de los demás.

Se llama derecho subjetivo porque es un señorío concedido a la voluntad de una persona, esto es, a la voluntad del sujeto del derecho, a fin de que él mismo determine qué hacer con el bien jurídico de que se trate y, por ende, fije o vaya fijando a través del tiempo, el contenido de su derecho subjetivo, pues en teoría, se le reconoce de antemano que puede hacer todo lo que quiera respecto del bien.

Pero lo que a veces no se entiende es que el orden legal, al configurar un determinado derecho subjetivo, no sólo está protegiendo un bien jurídico sino que le está entregando un poder a la persona a fin de que ella misma fije el contenido de su derecho. Esto es importante y hay que tenerlo muy presente al momento de analizar el contenido y alcance de un determinado derecho. El derecho subjetivo es más que una simple protección, es un poder y, por ende, no puede considerarse al margen de la voluntad de su titular.

64. QUÉ ES LO QUE PROTEGE EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Se sostiene que el derecho a la intimidad privada ha sido concebido para proteger a las personas de la perturbación espiritual que ocasiona el hecho de que otros individuos se enteren o pretendan enterarse de hechos o circunstancias que se desea mantener en secreto, ocultas o sustraídas del conocimiento público.

Se sostiene, además, que el derecho a la intimidad ha sido concebido para proteger la libertad individual de las personas. Lo que se pretende con tal derecho

es entregar al individuo diversas facultades destinadas a asegurarle que lo que el sujeto desee mantener oculto se mantenga así, en reserva; porque si no se le asegurara tal circunstancia, el individuo titular restringiría su comportamiento, inhibiría su personalidad o las manifestaciones de su carácter, a fin de que los terceros no se enteraran de ellas, con lo cual vería permanentemente coartada su libertad individual. Las razones por las cuales un individuo puede desear mantener en secreto ciertos hechos o actos de su vida o ciertas manifestaciones de su personalidad pueden ser muy diversas. Se relacionan –por regla general– con un sentido natural del decoro, propio de la especie humana, pero no se encuentran restringidas solamente a él. Pueden obedecer, también, al deseo de no desagradar a terceros o a la estimación de que el conocimiento público de tal o cual circunstancia puede perjudicarle en sus intereses presentes o futuros, materiales o espirituales. En fin, puede deberse únicamente al deseo de estar solo[135].

De los dos párrafos anteriores se debe concluir que el derecho a la intimidad ampara ciertos sentimientos que son propios del hombre y que son afectados cuando se penetra una zona espiritual y reservada –que varía de persona en persona– y que si no se protegiera, el individuo humano acomodaría su conducta y su personalidad de forma que la penetración fuere imposible, con lo que limitaría su libertad individual.

Se debe advertir que el derecho a la intimidad privada es un derecho de la personalidad específico, distinto al derecho a la integridad psíquica. Este último ampara al individuo frente a los daños de carácter transitorio o permanente que se causen a su salud mental. El primero, ampara al individuo aunque no se cause daño a su salud mental. Por otra parte, sólo en algunos aspectos el derecho a la integridad psíquica puede ser considerado un derecho subjetivo, pues es evidente que la disposición del mismo por parte del titular necesariamente debe estar restringida, como lo está el derecho a la vida. En cambio, el derecho a la intimidad es entera y absolutamente renunciable, se encuentra íntegramente a disposición de su titular y, por ende, debe necesariamente ser considerado como un derecho subjetivo.

Por lo mismo que se trata de un derecho específico, es perfectamente compatible la indemnización del daño moral sufrido con ocasión de la violación a la intimidad, con la indemnización del daño moral producido por un atentado concreto a la integridad psíquica. Es más, puede que un atentado a la intimidad provoque un daño a la salud mental que deba también ser indemnizado.

El derecho a la intimidad privada se diferencia del derecho al honor, porque los ataques contra aquella puede que no constituyan un ataque al honor de las personas. Sin embargo, eso tampoco quiere decir que un ataque a la intimidad no signifique, también, un ataque al honor. En fin, se trata –como hemos dicho– de un derecho independiente y específico.

---

135 Jaime Vidal Martínez,"LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD DE LA PERSONA EN EL ORDENAMIENTO POSITIVO ESPAÑOL", artículo de la Revista de Derecho Privado, Julio-Agosto 1980, pág. 766.

65. LA INTIMIDAD SÓLO SE PROTEGE MEDIANTE UN DERECHO SUBJETIVO

No obstante lo dicho en el párrafo precedente, se debe reconocer que esto de la privacidad es un mero artificio, es una forma de disimular algo que no existe más que como meros sentimientos, lo que importa sostener que no hay parámetros objetivos para definirla y que, en el fondo, depende de cada persona. Estos sentimientos no son otros que el pudor, el temor al ridículo, el sentido del ridículo, la inseguridad personal, el temor a desagradar a terceros, etc.

Ahora bien, si lo dicho es efectivo, como creemos, toda forma de protección de la intimidad elaborada por el derecho es vana, precisamente por la imposibilidad material de definir en qué consiste objetivamente esa intimidad. El legislador no puede proteger este bien si no puede definirlo con precisión, lo que es imposible. Esto hace que si realmente consideramos digna de protección jurídica esta forma determinada de asegurar la libertad personal, debamos necesariamente desplegar la protección mediante el establecimiento de un derecho subjetivo, fundamentalmente porque el bien jurídico de que se trata sólo puede ser configurado, delimitado y estructurado por su propio titular.

Ello quiere decir que el orden jurídico debe entregar, conceder y reconocer a los particulares el derecho a determinar libremente el alcance de su vida privada en forma acorde con sus sentimientos, los que deben ser considerados en función al verdadero bien jurídico protegido cual es la libertad individual.

Pero si realmente configuramos un derecho subjetivo, debemos reconocer que le estamos entregando un poder a las personas: el poder de determinar los límites de su propia vida privada y de impedir, por consiguiente, cualquier fiscalización y cualquier difusión de hechos o circunstancias que cada cual considere como perteneciente a ella, con tal que reúnan ciertos requisitos, que analizaremos más adelante, a fin de impedir que el ejercicio del derecho a la intimidad limite fundamentalmente otros derechos como el de informar y la libertad de los terceros.

66. CONSECUENCIAS DEL DERECHO SUBJETIVO: EL TITULAR ES EL QUE DETERMINA LOS LÍMITES DE SU INTIMIDAD

La circunstancia que el derecho a la intimidad se trate de un derecho subjetivo, significa que dado que es la voluntad de la persona la que determina el contenido del derecho, tenemos que atenernos a ella para saber los límites concretos del derecho y, por ende, si el mismo ha sido o no objeto de perturbación. Si un individuo, por ejemplo, expone a la luz pública determinadas características defectuosas de su humanidad, no puede después sostener que se ha violado su intimidad si un periódico difunde dicha característica, porque la exposición pública que hizo de la misma importó en los hechos una renuncia a su derecho a la intimidad privada. Así también, por ejemplo, si una determinada persona decide trasladarse a vivir a una ciudad está tácitamente renunciando a parte de su intimidad, porque es imposible en la práctica esgrimir ésta en forma absoluta si se expone a vivir materialmente cerca de otras personas. Lo mismo se puede decir de

los políticos, de los artistas y de otras personas que eligen una profesión que supone una exposición pública permanente. Se puede decir que han renunciado tácitamente a parte de su derecho subjetivo porque, en la práctica, resulta incompatible el ejercicio de la profesión elegida con una exigencia a ultranza de su derecho a la intimidad.

Pero si, por el contrario, no es posible concluir de ninguna actuación del titular del derecho que éste haya renunciado a impedir que se conozca un determinado hecho o circunstancia de su vida, se debe concluir necesariamente que éste puede impedir y es más, se puede sentir afectado por la difusión de tal hecho o circunstancia.

Esta es la consecuencia práctica de considerar el derecho a la privacidad como un derecho subjetivo. Resulta que constituye, entonces, una clara contradicción sostener lo primero y, enseguida, intentar definir y precisar -tarea por lo demás imposible- los límites y contenidos específicos de la intimidad personal o de la vida privada, pues si hacemos lo segundo negamos, en los hechos, el carácter subjetivo del derecho.

Es esto precisamente lo que sostiene A.F. Westin[136]: "Un aspecto esencial de la vida privada -dice- es que los organismos y organizaciones pueden determinar por su propia cuenta las informaciones que desean mantener como confidenciales y las que aceptan revelar o que ellos deban revelar necesariamente".

Lo mismo sostiene Novoa Monreal[136a]:"Toca a cada individuo -dice- deteminar, en cada caso concreto, aquellos hechos, actividades y manifestaciones suyas que deben permanecer sustraídas al conocimiento ajeno...", pero agrega este autor, en otra parte de su interesante obra[136b], que "jamás podría entenderse que sea el simple arbitrio de cada cual el que pueda colocar marco a su vida privada"; y para finalizar sostiene "que el interés colectivo necesita un criterio objetivo que contribuya a una delimitación entre lo que puede y no puede ser conocido por los demás".

Nosotros estamos de acuerdo con el fondo de la cuestión planteada por Novoa, pero discrepamos de la idea de que existan parámetros objetivos que puedan delimitar el derecho a la intimidad. Creemos que las cosas hay que plantearlas por lo que son, y todo intento de impedir que el derecho a la intimidad pueda ser ejercido en forma caprichosa o contraria al derecho de los demás, constituye, en el fondo una limitación al mismo. Todos los derechos subjetivos admiten limitaciones. Es más, si las tiene el dominio no vemos por qué no las puede tener la intimidad. Creemos que el principio básico es que cada persona puede fijar los límites de su intimidad y que a la luz de esa premisa deben resolverse los problemas puntuales que se presenten. Ahora bien, ese principio o derecho admite limitaciones, que son las mismas que Novoa plantea y que procedemos a analizar a continuación.

---

136 Allan F. Westin, citado por Eduardo Novoa, "DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN", Siglo Veintiuno Editores S.A., México, 1979, pág. 55.

136a Ibid, pág. 55.

136b Ibid, pág. 53.

De lo anterior se concluye entonces que, como todo derecho subjetivo, los límites del mismo son fijados por su titular, pero también son fijados eventualmente por la ley a fin de impedir que el ejercicio del derecho se torne caprichoso o contrario al derecho ajeno. A continuación cxaminaremos los límites del derecho a la intimidad fijados por la ley.

67. LAS LIMITACIONES A LA INTIMIDAD.

Creemos que el derecho a la privacidad puede ser vulnerado ya sea mediante la investigación o fiscalización de la vida de una persona, ya sea, también, mediante la difusión del conocimiento que se tenga de la misma. Pues bien, es a partir de estos ataques donde creemos que debe buscarse y analizarse las limitaciones al derecho en comentario, pues ambos, en ciertos casos, a pesar de vulnerar un derecho subjetivo, pueden ser justificados por diversas razones.

En otras palabras, el derecho a la privacidad se encuentra limitado cuando los ataques que recibe son justificados; y lo son en todos aquellos casos en que el ordenamiento jurídico permite la investigación o la fiscalizacion de una persona; o tolera que sean difundidos hechos o circunstancias de su vida, cualquiera sea su naturaleza.

Con lo dicho precedentemente queda claro que el principio general es que el orden jurídico ampara al individuo de dos formas diversas. Por una parte impide de una manera general las investigaciones o fiscalizaciones que se hagan de su persona; y por otra, le reconoce el poder de impedir que sea difundido cualquier hecho de su vida. De esta forma, cualquier investigación o difusión que se haga por terceros de hechos o circunstancias de su vida debe ser justificada si no se quiere caer en la obligación de indemnizar perjuicios al ofendido y hacerse acreedor a las demás sanciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

68. CASOS EN QUE SE AUTORIZA LA INVESTIGACIÓN O FISCALIZACIÓN

Digamos que al respecto la ciencia del derecho reconoce sólo dos causas en virtud de las cuales se puede investigar o fiscalizar a una persona, a saber: (a) Cuando así lo exija el interés público en cuanto signifique lo que se impone por exigencias de la moral, del orden público y la seguridad nacional; y (b) Cuando así lo exija la aplicación de la justicia en lo penal o la prevención de delitos[136c]

En ambos casos las investigaciones pueden ser dispuestas por la autoridad judicial o administrativa según los casos y las disposiciones previstas en la legislación.

136c Así lo sostiene entre otras convenciones el art. 8 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos.

69. CASOS EN QUE SE AUTORIZA LA DIFUSIÓN DE HECHOS DE LA VIDA DE UNA PERSONA

Esta limitación al derecho a la privacidad proviene en el fondo del ejercicio del derecho a informar y a ser informado. En nuestra opinión, el orden jurídico chileno considera que nadie puede impedir que se difunda ni puede sentirse ofendido por la difusión, de ningún hecho o circunstancia de su vida que no sea capaz de producir daño material o turbación moral o espiritual a un individuo de sano juicio atendidos su edad, sexo, estirpe o condición.

Ello se desprende de lo dispuesto en la Ley N° 16.643 sobre abusos de publicidad. En efecto, veremos que el artículo 21 A del cuerpo legal mencionado castiga con las penas señaladas en dicha disposición al que difunda hechos de la vida privada de una persona "que causaren o pudieren causar daño material o moral a ella, su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos...". Luego, es forzoso concluir que no se incurre en un atentado en contra de la intimidad de las personas si la difusión se refiere a hechos que no causen tal daño material o moral. Por otra parte, no puede producir daño moral o material la difusión de un hecho que no produzca turbación moral o espiritual.

Esta conclusión se confirma si se considera que el daño moral que se exige para configurar la figura delictiva del art. 21 A del cuerpo legal recién citado, es un daño "virtual" y no efectivo, esto es, es un daño que se supone que afectó a una persona ante la difusión de un hecho de su vida, lo que importa sostener que, en estos casos, se toma un prototipo de persona media y no se considera la persona real a quien afectó la difusión.

En otras palabras, constituye un ataque no justificado al derecho a la privacidad la difusión de hechos que causen turbación moral a una persona normal, considerándose como tal a un individuo medio o utilizando las figuras del Código Civil, a un "buen padre de familia".

70. COLISIÓN DE DERECHOS

No obstante lo dicho en los párrafos anteriores, en ocasiones, la difusión de un hecho de la vida privada, aun cuando pueda producir turbación moral o espiritual, puede ser objeto del derecho a informar y, en tal evento, surge la cuestión de determinar qué es lo que debe primar, si el derecho a la privacidad o el derecho a informar.

Normalmente esta situación no se produce, pues las noticias que son objetos del derecho a informar deben reunir, como se ha dicho, el requisito de que si ellas se refieren a un hecho de la vida de una persona, éste no debe producir turbación moral o espiritual. Luego, aquellos que la produzcan, no son lisa y llanamente objeto del derecho a informar. Sin embargo, puede ocurrir que un hecho como el descrito interese a la sociedad toda, de suerte que -por tal motivo- el derecho a dar y recibir información se pueda ver vulnerado por el ejercicio del derecho a la privacidad. En tal caso, lo que existe es una colisión de derechos y la doctrina

mayoritaria estima que lo que debe primar es el derecho a la información, pues se ve involucrado un interés público que tiene una mayor jerarquía que el privado.

Naturalmente que una solución adecuada en este caso será difícil de adoptar, pues determinar si se encuentra o no comprometido el interés público supone un examen de cuestiones que resultan a la larga muy relativas. La decisión deberá ser tomada por el medio de difusión en base a su propio criterio, sabiendo de antemano que el tribunal que en definitiva juzgue el asunto puede tener uno distinto.

71. TITULARES DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD

Es titular del derecho a la privacidad todo individuo de la especie humana cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición. Aquellas personas que no pueden expresar su voluntad como los dementes y los impúberes son titulares, en consecuencia, del derecho a la privacidad, pero lo ejercen a través de sus respectivos representantes legales.

Ahora bien, es necesario resolver en este punto dos situaciones que resultan conflictivas y que se refieren al derecho a la privacidad de las personas jurídicas y de las personas fallecidas.

Respecto de las primeras, debemos partir de la premisa de que la sola circunstancia que este derecho se halle enlazado con atributos humanos no es suficiente para excluir su aplicación a las personas jurídicas. Para una acertada resolución del problema, debiera analizarse el caso concreto de que se trate, esto es, cuáles son las circunstancias que obligan o inducen a la persona jurídica para invocar este derecho a la privacidad y confrontar esta pretensión con los motivos que tuvo el legislador para instituir este derecho. De esta manera, sólo cuando el bien jurídico que se pretende proteger con el derecho a la privacidad no pueda conciliarse con el papel que cumple la persona jurídica en el sistema legal, ha de estimarse inaplicable el concepto de la privacidad a las personas jurídicas.

Respecto al derecho a la privacidad de las personas fallecidas, existen dos posiciones diferentes. La jurisprudencia norteamericana entiende que éste se extingue con la muerte. El criterio europeo es diferente. Se afirma que la privacidad de las personas fallecidas está igualmente protegida que la de las personas vivas. No obstante, se reconoce que de alguna manera este derecho disminuye a medida que se aleja en el tiempo la muerte de la persona.

Nosostros creemos que la privacidad de las personas fallecidas no protege los intereses de esa misma individualidad que ya no existe sino la de aquellos que se encontraron ligados a ella por vínculos de sangre o parentesco que deben ser definidos por la legislación común.

72. LA PROPIA IMAGEN

El extraordinario desarrollo de la publicidad y de los medios con que cuenta para obtener su objetivo, ha puesto en primer plano la posibilidad jurídica de

reproducir y difundir la imagen de una persona, sin su consentimiento y aun contra su voluntad.

En la doctrina moderna se distinguen claramente dos posiciones antagónicas:

a) La primera de ellas postula "que toda persona tiene un derecho exclusivo y absoluto sobre su propia imagen, el cual comporta para los demás, necesariamente, la prohibición incondicional de difundirla sin el consentimiento del interesado"[137]. La conclusión fundamental de esta posición es que el derecho a la propia imagen es personal y absoluto; su violación importa siempre un acto ilícito que debe ser sancionado sin perjuicio de la reparación del daño sufrido[138].

b) La segunda posición, que es la más seguida por la doctrina y la jurisprudencia extranjera, niega la existencia de un verdadero derecho a la propia imagen, la cual queda sola protegida, en la medida que importe un perjuicio para el honor de las personas o se lesione de alguna otra forma otros derechos de la personalidad[139].

En Chile, es muy discutible la existencia de un derecho a la propia imagen. En realidad, creemos que nuestra legislación se encuentra encuadrada entre aquellos que aceptan la segunda posición. En efecto, según lo dispone el artículo 34 de la ley 17.336 corresponde al fotógrafo el derecho exclusivo de reproducir, exponer, publicar y vender sus fotografías.

Y, al contrario de lo que sucede en otras legislaciones[140], en Chile el derecho del fotógrafo no se halla expresamente limitado en relación a la persona fotografiada, la cual, por ende, no puede impedir la publicación del retrato.

Lo anterior no significa que no puede impedir la publicación y aun la utilización comercial, si argulle y prueba que la referida fotografía vulnera su derecho al honor, su derecho a la intimidad privada o algún otro derecho de la personalidad reconocido por nuestro ordenamiento jurídico. Pero en tales casos, no se está protegiendo un supuesto derecho a la propia imagen que no existe, sino el honor mismo, la intimidad, o algún otro derecho de la personalidad.

Desde luego se debe señalar que no siempre la publicación de la imagen de una persona vulnerará el honor o la intimidad de la misma. Para el caso que lo haga, es inconcuso que procedería la reparación del daño producido. Se debe considerar siempre en estos últimos casos la utilización para fines comerciales de la imagen de una persona sin su consentimiento. Y ello porque se reúnen dos elementos básicos para vulnerar el derecho a la intimidad privada: por una parte se apropian de la envoltura personal (imagen); por la otra, se aprovecha, se manipula dicha envoltura para fines no autorizados.

---

137 Orgaz, op. cit., pág. 349.
138 Ibid.
139 Ibid.
140 Por ejemplo, en la legislación Argentina.

73. LA TRANSGRESIÓN DE LOS DERECHOS ANALIZADOS: INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Para analizar con mayor claridad las indemnizaciones civiles que se han de pagar al ofendido, con motivo de una violación o transgresión del derecho al honor o a la intimidad privada, es menester hacer las siguientes distinciones:

Violaciones al honor o a la intimidad privada hechas sin publicidad.

Violaciones a tales derechos realizadas por algún medio de difusión pública.

Violaciones al honor o a la intimidad sin publicidad

Los ataques al honor de las personas, que no sean realizados o publicitados por algún medio de difusión pública, no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que puede apreciarse en dinero; pero ni aún entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación (art. 2331 del Código Civil).

En lo que respecta a los ataques al derecho a la intimidad privada, dado que no se encuentran dentro de los casos de excepción contemplados en el artículo 2331, se debe concluir que se aplica íntegramente el artículo 2314, que prescribe que todo daño debe ser indemnizado. En consecuencia, debe repararse o satisfacerse tanto el daño patrimonial como el moral.

En lo que se refiere a la reparación del daño moral, resulta obvio que la indemnización no tendrá el carácter de compensatoria sino tan sólo intentará satisfacer a la víctima.

En todo caso, no puede sino dejar de llamar la atención el diferente tratamiento que se le da a las violaciones del derecho al honor con aquel que se le otorga a los ataques a la intimidad privada y, en general, a los demás derechos de la personalidad. La violación o perjuicio causado al primero, no da derecho, por lo general, a demandar indemnización de los perjuicios patrimoniales y jamás da derecho a pedir indemnización por daño moral; en cambio, el perjuicio causado a los demás derechos de la personalidad, sí puede ser indemnizado.

Violación al honor o a la intimidad privada hecha por algún medio de difusión

Si los ataques al honor o a la intimidad privada de las personas, hubiesen sido proferidos por diarios, revistas, impresos, carteles, afiches, avisos, inscripciones murales, volantes, emblemas, radio, televisión, cinematografía, etc., rige la ley 16.643, sobre abusos de publicidad recientemente modificada por la ley 18.313.

Este cuerpo legal, además de aumentar la penalidad a los delitos de injuria y calumnia (ataques al honor) cometidos a través de algún medio de comunicación social, introduce dos nuevas figuras delictivas que tienen por objeto evitar la difusión de hechos de la vida privada de las personas (intimidad) o un hecho falso relativo a la vida pública de las mismas, que causen o puedan causar daño moral o patrimonial, aun cuando no constituyan una injuria o una calumnia propiamente tal.

74. INDEMNIZACIONES CIVILES POR LOS ATAQUES AL HONOR COMETIDOS A TRAVÉS DE ALGÚN MEDIO DE DIFUSIÓN. REQUISITOS

Para que proceda el pago de las indemnizaciones civiles por los ataques al honor, cometidos a través de un medio de difusión social, es menester que se cumplan los siguientes requisitos:

1º Que se encuentre acreditada la existencia de una acción dolosa o culposa tipificada como injuria o calumnia;

2º Que se encuentre acreditado que la injuria o calumnia fue proferida por un medio de difusión social de los mencionados en el artículo 16 de la ley 16.643; y

3º Que se encuentre acreditada la participación de la persona contra quien se dirige la acción de indemnización de perjuicios o de aquella a cuyo cuidado se encuentra.

Se ha de advertir que no constituye requisito esencial para tener derecho al cobro de esta indemnización el haber sido condenado por el delito de injuria o calumnia, sino que basta el haberse acreditado la existencia de una acción susceptible de ser tipificada como injuria o calumnia ya que es posible que el acusado sea absuelto en definitiva, por concurrir en su favor una circunstancia eximente de responsabilidad criminal, lo cual no significa que quede eximido, también, de la obligación de indemnizar los perjuicios que causó.

Todo lo anterior se concluye de lo establecido en el artículo 33 inc. 2º de la ley 16.643, que expresa: "La sentencia absolutoria y sobreseimiento definitivo en materia penal sólo producirán excepción de cosa juzgada en materia civil, cuando se funden en la no existencia del hecho constitutivo del delito o en algunos de los numerandos segundo y tercero del artículo 179 del Código de Procedimiento Civil".

Ahora bien, la indemnización de perjuicios tenderá a reparar el daño emergente y el lucro cesante y además, incluirá una suma de dinero para la satisfacción del daño moral (art. 34 ley 16.643).

En el caso de daño moral, "el juez fijará discrecionalmente el monto de la indemnización, considerando la mayor o menor gravedad y difusión de las informaciones o imputaciones y las condiciones del afectado y su grupo familiar tales como dignidad, prestigio, honor, lugar que ocupa en la comuna y las funciones o actividades que desempeñe o hubiere desempeñado" (art. 34 inc. 2 Ley 16.643).

75. INDEMNIZACIONES CIVILES POR LOS ATAQUES A LA INTIMIDAD DE LA VIDA PRIVADA POR ALGÚN MEDIO DE DIFUSIÓN SOCIAL. REQUISITOS

Para que proceda el pago de indemnizaciones civiles por los ataques al derecho a la intimidad privada cometidos a través de algún medio de comunicación social, es menester que se cumplan los siguientes requisitos:

1º Que se demuestre la existencia de una acción, dolosa o culposa, que reúna los elementos de la figura delictiva contemplada en el artículo 21 A de la ley 16.643 esto es, que se difundan hechos de la vida privada de una persona que le causen o puedan causar daño patrimonial o moral;

2º Que se demuestre que la difusión del hecho de la vida privada de una persona se hizo por algún medio de difusión social de los mencionados en el artículo 16 de la ley 16.643; y

3º Que se demuestre la participación de la persona contra quien se dirige la acción de indemnización de perjuicios, o de aquella a cuyo cuidado se encuentra.

De la misma manera que en el caso anterior, no constituye requisito esencial para que surja la obligación de indemnizar perjuicios, al haber sido condenado por el delito en comentario. Basta el hecho de haberse comprobado la existencia de una acción susceptible de ser tipificada dentro de la figura delictiva en análisis, ya que es posible que el acusado sea absuelto en definitiva por concurrir en su favor una circunstancia eximente de responsabilidad criminal, lo que, como se ha dicho, no le exime de su responsabilidad civil.

Lo anterior, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 33 inc. 2 de la ley 16.643, ya transcrito.

Ahora bien, en lo que respecta a las indemnizaciones civiles, es menester hacer las distinciones que a continuación se expresan:

Si para comprobar la existencia del hecho constitutivo del delito se probó que existía daño patrimonial o moral, resulta obvio que las indemnizaciones civiles tenderán a cubrir o satisfacer tanto el uno como el otro. Sin embargo, si con el mismo motivo sólo se acreditó que el atentado pudo causar daño patrimonial o moral, es evidente que aquel que cometió el delito sólo incurrirá en la pena que le asigna la ley, pero no deberá pagar al ofendido ninguna indemnización por daños que no alcanzaron a producirse.

No obstante lo anterior, el nuevo artículo 34 de la ley en comentario, prescribe que, aun cuando no se hubiere producido en la realidad un daño moral o patrimonial, por el solo hecho de atentarse contra la intimidad de la vida privada de una persona y probarse que tal atentado le pudo haber causado daño, le da derecho a ésta para demandar una suma de dinero en satisfacción del daño moral que le produjo la sola circunstancia de verse expuesta ella o su familia a sufrir algún daño producto de la pérdida de privacidad que la Constitución Política del Estado asegura a todas las personas en su esfera íntima.

Este daño moral -en nuestra opinión- no es aquel daño virtual o efectivo que se exige para configurar el delito, porque ese sólo se produce o puede producirse por haberse vulnerado la privacidad de las personas; en cambio, el daño moral del que estamos hablando se produce siempre, por la sola circunstancia de verse expuesta la persona a sufrir algún daño por habérsele perturbado en su derecho subjetivo, como es la intimidad de su vida privada. Es por ello, también, que puede darse el eventual caso de que, por una parte, se indemnice el daño moral que efectivamente produjo a la persona la perturbación de su derecho a la

intimidad, como también, se tenga que indemnizar, además, el daño moral que le causó el solo hecho de verse expuesta la persona a sufrir o padecer un perjuicio producto de haberse visto privada de este derecho.

Finalmente, cabe destacar que el hecho de que el informante o difusor pruebe la veracidad de sus afirmaciones, no lo libera de la comisión del delito ni de su responsabilidad civil, sino que, por el contrario, daña aún más la privacidad del ofendido.

76. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN EL PAGO DE LAS INDEMNIZACIONES CIVILES

De acuerdo a lo establecido en el artículo 31 de la ley 16.643, el propietario o concesionario, en su caso, y a falta de éstos, el impresor o editor, si lo hubiere, serán siempre solidariamente responsables del pago de las indemnizaciones civiles que procedieran.

77. NORMAS PROCESALES

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 33 de la ley 16.643, la acción civil proveniente de los delitos establecidos en ella se rige por las normas de procedimiento ordinario, penal o civil, en su caso.

CAPÍTULO IV

ELEMENTOS ESENCIALES DE LA PERSONALIDAD

I. GENERALIDADES

78. CONCEPTO

Elementos esenciales de la personalidad son las distintas instituciones jurídicas que componen su estructura interna, esto es, de lo que ella está compuesta; de modo que si faltaren en todo o en parte, el concepto mismo se desvanece o desfigura, perdiendo en consecuencia sus objetivos dentro de la trama del ordenamiento jurídico y pasando a constituirse en algo carente, total o parcialmente, de contenido práctico.

79. ELEMENTOS ESENCIALES Y ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD

Entendemos por atributos de la personalidad, el conjunto de ventajas, prerrogativas y potestades que se derivan para aquellos que ostentan tal beneficio. En rigor, todos los elementos esenciales de la personalidad son al mismo tiempo atributos de ella, desde el momento que la ciencia jurídica estructura sus instituciones por medio de la creación de ventajas, prerrogativas, potestades, cargas y deberes. Sin embargo, no todos los atributos de la personalidad constituyen elementos esenciales de la misma, puesto que hay algunos que, como la nacionalidad, surgen sólo con motivo de la atribución de personalidad, pero no sirven para estructurar el concepto; como que -en el caso del ejemplo dado- no por ser apátrida un individuo deja de ser persona.

En consecuencia, hay atributos que contribuyen a formar el concepto mismo de la personalidad y otros que no lo hacen. Los que no lo hacen, no procede analizarlos en esta ocasión, tanto porque no sirven para describir la esencia de la

institución de la personalidad, cuanto porque abarcan prácticamente todo el derecho.

80. ENUMERACIÓN DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES

Son elementos o atributos esenciales de la personalidad los siguientes: la capacidad, el nombre, el domicilio y el patrimonio.

La capacidad es, sin duda, el más importante atributo de la personalidad, al punto que termina por confundirse con ella. Una persona que no tenga la posibilidad jurídica de adquirir derechos y obligaciones, no puede ser considerada como tal, desde el momento que el ordenamiento jurídico parte de esa premisa para construir el concepto de persona.

El patrimonio, que como veremos es una operación conceptual que resume en una sola palabra el hecho de que todos o alguno de los bienes de una persona se encuentran adscritos al pago de todas o alguna de sus obligaciones, es sin duda un elemento esencial de la personalidad, puesto que no se concibe a una persona que esté excluida de la obligación de responder con sus bienes o alguna parte de ellos al pago de sus obligaciones.

El nombre ha sido considerado como un atributo esencial de la personalidad, pues ésta supone la individualidad propia: el nombre permite, por sí solo o con otras circunstancias, la identificación de cada persona en relación con los demás.

Finalmente, el domicilio es un elemento esencial de la personalidad, por cuanto constituye la sede legal de la misma, el lugar donde se encuentra situada para la generalidad de las relaciones jurídicas.

81. EL ESTADO CIVIL Y LA NACIONALIDAD

El estado civil y la nacionalidad no son, definitivamente, elementos esenciales de la personalidad. Es cierto que sólo las personas pueden tener un estado civil o una nacionalidad, pero eso no significa que ellos sean esenciales para configurar o estructurar la institución de la personalidad jurídica. Constituyen, sin embargo, atributos de la misma, desde el momento que consisten en ventajas, prerrogativas, cargas y deberes que surgen con motivo de la atribución de personalidad.

El concepto de estado desempeñaba en Roma un papel manifiestamente distinto. En efecto, el término "status" designaba los diversos elementos constitutivos de la personalidad jurídica (CAPUT): ésta consistía precisamente en la reunión en un mismo individuo de los tres estados que la integraban: el status libertatis, el status civitatis y el status familiae. Ser persona era ser ciudadano romano, libre y jefe de familia[141].

---

141 Orgaz, op. cit., pág. 206.

En el derecho moderno, en cambio, todos los hombres, por el hecho de ser tales, son personas, de modo que los estados por los que atraviesa en su vida, sean estos cualesquiera, ya chileno ya extranjero, ya casado, viudo, padre o hijo natural o legítimo, no constituyen el fundamento de su personalidad. Por consiguiente, estos conceptos no serán analizados, pues no siendo parte de la personalidad es preferible tratarlos donde corresponde verdaderamente.

II. EL NOMBRE

82. CONCEPTOS GENERALES

El nombre es en esencia el signo que la ley impone a las personas para distinguirlas entre sí. Su misión fundamental es individualizar a la persona. Es, por consiguiente, una institución de policía civil al mismo tiempo que un elemento esencial de la personalidad, pues ésta supone la individualidad propia.

83. DETERMINACIÓN DEL NOMBRE

En nuestra legislación el nombre está integrado por dos elementos: el nombre propiamente tal, nombre de pila o prenombre, que es el elemento singular de cada persona; y el apellido o nombre patronímico, que es el elemento propiamente familiar en cuanto pertenece a todos los miembros de una familia y se transmite a los descendientes.

Para la determinación del nombre es preciso efectuar las siguientes distinciones:

1. **Filiación legítima:** Los incisos 1 y 2 del artículo 126 del Reglamento Orgánico del Registro Civil establecen que el nombre de pila del recién nacido será aquel que indique la persona que requiera la inscripción. Respecto del apellido, la misma norma establece que se le pondrá el del padre y enseguida el de la madre.

2. **Filiación ilegítima:** Si el hijo es natural o simplemente ilegítimo, la norma prescribe que se le pondrá como nombre de pila aquel que señale el que requiera la inscripción, poniéndosele a continuación el apellido del padre o el de la madre que hubiere pedido la inscripción, y si ambos lo hubieren solicitado, debe procederse como en el caso del hijo legítimo.

3. **Filiación desconocida:** No hay disposición en nuestra legislación que solucione el caso en forma expresa. Sin embargo, en la práctica, elige el nombre y el apellido del niño quien requiera su inscripción, quizá extendiendo por analogía la facultad que tiene el solicitante para fijar el nombre de pila de la persona.

4. **Filiación adoptiva:** El artículo 14 de la Ley 7.613, sobre adopciones,

establece: "La adopción sólo establece relaciones jurídicas entre el adoptante y el adoptado; pero no entre uno de éstos y la familia del otro. El adoptado, personalmente o por medio de su representante, podrá tomar el o los apellidos del o de los adoptantes, según el caso, manifestándolo así en la escritura pública de adopción. Por esta circunstancia no se procederá a alterar la partida de nacimiento del adoptado, pero se hará, al margen de ella, la anotación correspondiente. En el caso del inciso anterior, los descendientes legítimos del adoptado podrán también seguir usando el o los apellidos del o de los adoptantes".

84. CAMBIO DE NOMBRE

El cambio de nombre se puede producir ya por vía principal, ya por vía consecuencial.

Se produce por vía principal cuando se obtiene la mutación del nombre en virtud de sentencia judicial. Se produce por vía consecuencial, cuando cambian los antecedentes que la ley toma en cuenta para determinar el nombre de las personas, así como cuando cambia de nombre el padre o la madre.

85. CAMBIO DE NOMBRE POR VÍA PRINCIPAL

La ley 17.344 estableció un procedimiento especial para el cambio de nombres, por una sola vez, en los siguientes casos:

a. Cuando el nombre o apellidos sean ridículos, risibles o menoscaben moral o materialmente a la persona;

b. Cuando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios (escritores, artistas, etc.);

c. En caso de filiación natural o de hijos ilegítimos, para agregar un apellido cuando la persona hubiere sido inscrita con uno solo o para cambiar uno de los que se hubieren impuesto al nacido, cuando fueren iguales.

d. En el caso de personas con apellidos que no son de origen español, para traducirlos al idioma castellano.

El cambio de apellido no puede hacerse extensivo a los padres del solicitante, y no altera la filiación; pero alcanza a sus descendientes legítimos sujetos a patria potestad, y también a los demás descendientes que consientan en ello.

86. NOMBRE Y DERECHO AL NOMBRE

Ante todo es preciso hacer presente que "el nombre" no es lo mismo que el "derecho al nombre".

El nombre, como se ha visto, es un atributo de la personalidad al mismo tiempo que una institución de policía civil. Como tal, sólo pretende individualizar a la persona.

El derecho al nombre, en cambio, es un derecho de la personalidad que intenta proteger el interés de la persona individual en una característica que hace posible distinguir sus relaciones sociales de las de los demás[142].

No cabe pues confundir ambos conceptos que, obviamente, son comprensivos de situaciones diversas. Lo son, en efecto, porque con el derecho al nombre se intenta proteger un interés que ha surgido con motivo de haberse usado el nombre.

87. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO AL NOMBRE

Tres son las posiciones que pretenden explicar la naturaleza jurídica del derecho al nombre.

1. La primera posición lo entiende como un verdadero derecho subjetivo. Para unos[143] constituye un derecho de propiedad, mientras que para otros[144] es un derecho de la personalidad;

2. La segunda posición niega que el nombre pueda ser objeto de cualquier derecho subjetivo privado, pues es una institución de policía civil, la forma obligatoria de la designación de las personas; una obligación y no un derecho para las personas[145].

3. La tercera posición estima que el nombre es, al mismo tiempo, una institución de policía civil y un derecho[146].

Participamos plenamente de esta última posición. Nosotros entendemos que una cosa es el nombre como institución de policía civil, que tiene por objeto individualizar a las personas, y otra muy distinta es que el ordenamiento jurídico intente proteger el interés de la persona de mantener intacto el uso de una característica que hace posible distinguir sus propias relaciones sociales y comerciales de la de los demás. En efecto, producto de la obligación que se impone de llevar un nombre determinado, una persona adquiere para sí la posibilidad de que se le distinga de otras personas por lo que el nombre lleva

---

142 Heinrich Lehmann, TRATADO DE DERECHO CIVIL (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956), pág. 614.

143 En la jurisprudencia francesa prevalece una posición que estima que existe un derecho de propiedad sobre el nombre. Véase Josserand, op. cit., pág. 203; pero ya se encontraba en algunos autores antiguos como Merlín.

144 Enneccerus-Nipperdey, op. cit., T.A. Vol. I, pág. 93; Heinrich Lehmann, op. cit., pág.614; Josserand Louis, op. cit., pág. 203.

145 Orgaz, op. cit., pág. 17.

146 Según Orgaz, piensan así Ferrara, Degui, Salvat; op. cit., pág. 218.

aparejado. Este interés pretende ser protegido por el ordenamiento jurídico instituyendo, al efecto, un derecho que consiste en poder usar ese nombre a fin de que se le distinga de los demás no por el nombre en sí, sino por lo que ese nombre significa.

Finalmente, nosotros estimamos que el derecho al nombre es un derecho de la personalidad y no un derecho de propiedad, "puesto que de ordinario ésta es alienable y prescriptible, mientras que el apellido es seguramente incedible e imprescindible; una propiedad es de orden patrimonial y comporta una evaluación pecuniaria, lo que evidentemente no ocurre con el apellido de las personas por lo menos en la vida civil; una propiedad es naturalmente, sino esencialmente, exclusiva; lo que es mío a ningún otro pertenece; ahora bien, los mismos apellidos, incluidos los nombres de pila, son llevados por cientos de personas, quizá por millares de individuos; se trataría aquí de una propiedad singularmente confusa y enredada, en forma normal y casi constante de copropiedad"[147].

88. IMPORTANCIA PRÁCTICA DE LA DISCUSIÓN SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO AL NOMBRE

El efecto práctico de la discusión radica en que, para aquellos que sostienen como nosotros que se trata de un derecho subjetivo (de propiedad o de la personalidad), cabría autorizar a cada persona a invocar la protección legal sin necesidad de probar daño alguno, sea material o moral, como el propietario está autorizado a defender la cosa sin que tenga que probar que el uso que otro hace de ella o el uso que se le obstaculiza le causa algún perjuicio.

89. CONTENIDO DEL DERECHO AL NOMBRE

Doctrinariamente se sostiene que el derecho al nombre confiere a su titular la facultad de usar el nombre que le corresponde y de vedar a los demás el uso indebido.

En nuestra legislación no cabe la menor duda que el uso del nombre es una de las cosas protegidas por el ordenamiento jurídico. Así lo dispone el artículo 1° de la Ley 17.344, que dice: "Toda persona tiene derecho a usar los nombres y apellidos con que haya sido individualizada en su respectiva inscripción de nacimiento".

Tampoco nos cabe duda que el titular del derecho al nombre que se ve obstaculizado en su uso no necesita probar que tal obstáculo le causa daño para obtener que éste le sea removido.

De la misma manera, estimamos que nuestra legislación autoriza al titular del nombre para vedar a los demás el uso indebido del mismo. El uso es legítimo, cuando el nombre se adquiere por medios lícitos, ya por vía principal (cambio de nombre) ya por vía consecuencial.

---

147 Josserand Louis, op. cit., pág. 204.

Estimamos que se debe concluir lo anterior, porque, en nuestra legislación, la usurpación de nombre constituye un delito según lo dispone el artículo 214 del Código Penal.

Sin embargo, cuando el uso indebido del nombre ajeno no sea constitutivo del delito de usurpación de nombre, creemos que para vedar el uso sería menester probar, además, que tal uso indebido causa un perjuicio, material o moral; sin embargo, esto último, dentro del marco de lo razonable[148].

Por otra parte, no sólo debe entenderse que constituye uso indebido de nombre cuando se usa dicho nombre como propio, sino también cuando se utiliza para designar una explotación industrial o unas mercancías, a menos que el nombre usado se haya convertido en una designación genérica[149].

Puede también consistir el uso indebido en la utilización del nombre ajeno para designar un animal o cualquier otro producto.

III. LA CAPACIDAD

90. CONCEPTOS GENERALES

Se distinguen en nuestro ordenamiento jurídico dos tipos de capacidad: una, que consiste en la aptitud legal para adquirir derechos y obligaciones, denominada comúnmente capacidad de goce; y otra, que consiste en la aptitud de las personas humanas para obrar por sí mismas en la vida civil, denominada capacidad de obrar o, simplemente, de ejercicio.

La capacidad de goce es consustancial al concepto de persona, toda vez que lo que constituye en esencia la personalidad es la posibilidad jurídica de adquirir derechos y obligaciones. De modo que es inconcebible que pueda existir una persona que carezca de esta capacidad o que teniéndola carezca de personalidad. En realidad uno y otro concepto se identifican.

Y porque nadie puede carecer de capacidad de goce, se ha preferido definirla[150] más que como una aptitud legal, que se puede tener o no, lo que implica negarla o concederla de manera absoluta sin matices o instancias intermedias, como un "grado de aptitud legal" para adquirir derechos y obligaciones, concepto que encierra una idea relativa, puesto que admite la posibilidad jurídica de encontrarse una persona inhabilitada para la adquisición de

148 En igual sentido se pronuncia Heinrich Lehmann, op. cit., pág. 618; en contra, Enneccerus-Nipperday, op. cit., T.I., Vol. I, pág. 419 -quien afirma que el daño debe ser necesariamente patrimonial.

149 Heinrich Lehmann, op. cit., pág. 617.

150 Vélez Sarsfield, en la nota 9 al artículo del Código Civil Argentino, define la capacidad de derecho como "el grado de aptitud de cada clase de personas para adquirir derechos y ejercer los actos por sí o por otros, que no le sean prohibidos". Véase Abelenda, op. cit., pág. 242, nota 5 y pág. 241, nota 3.

un derecho determinado, sin perjuicio de conservarla para la adquisición y goce de los demás.

No hay, entonces, incapacidades de goce absolutas. Sólo existen en nuestro ordenamiento jurídico incapacidades para adquirir un derecho en particular, fundadas en principios de orden público o en consideraciones de índole moral.

Asimismo, y por aplicación de estos mismos principios, no todas las personas tienen el mismo grado de aptitud para adquirir derechos y obligaciones, aunque se debe reconocer que en la gran mayoría de los casos existe una verdadera igualdad en relación a su capacidad de goce.

La capacidad de goce consiste, en esencia, en poder adquirir derechos y contraer obligaciones; en poder usar y gozar de los derechos adquiridos; y, finalmente, en poder disponer de los mismos.

Por otra parte, los derechos se usan y se gozan ejerciendo su titular, por sí mismo o por quien haya designado, las facultades o potestades a que el derecho autoriza, sea que consistan en hechos o actos jurídicos, sea que se trata de la realización de hechos sin relevancia jurídica. Este ejercicio, que se realiza sin el ministerio o autorización de otros, es lo que denominamos capacidad de obrar.

Es requisito esencial para entender que se está usando, gozando o disponiendo de los derechos, la circunstancia de que aquel que lo hace sea su propio dueño o alguien designado por él. Quien no puede usar, gozar o disponer de un derecho por sí mismo, porque hay un tercero que lo está haciendo por él, es obvio que tiene limitado el uso, el goce y la disposición del mismo, puesto que, en el fondo, no es su voluntad la que decide cómo y cuándo va a usar, gozar y disponer de él, sino es la voluntad de un tercero que, precisamente, excluye la voluntad del dueño. Podrá, ciertamente, haber razones para que el ordenamiento jurídico permita tal circunstancia, pero no se puede sostener que la privación del derecho a administrar los bienes no limita el derecho a usar, gozar y disponer puesto que hay otro que lo está haciendo para su dueño. Muy por el contrario, precisamente por ello es que el dueño no puede usar, gozar y disponer de los derechos que le pertenecen, a su arbitrio.

Como se podrá comprender, el ejercicio no es una cosa diferente al goce. Muy por el contrario, es parte del goce: se goza a menudo mediante el ejercicio. De manera que lo que llamamos capacidad de obrar es, en el fondo, una parte de la capacidad de goce o jurídica: es aquella parte que consiste en determinar por sí mismo, sin el ministerio o autorización de otro, de qué manera se usará, gozará y dispondrá de los derechos. En otras palabras, la capacidad de goce es el género y la de ejercicio es la especie. Quien no tiene capacidad de goce no puede tener nada. No es sujeto de derecho. Quien no tiene capacidad de ejercicio, tiene limitada su capacidad de goce en lo relativo al ejercicio de sus derechos[151].

151 La capacidad de goce, en abstracto, supone tanto la posibilidad de tener derechos como ejercerlos. En este sentido, Castán Tobeñas, op. cit., pág. 134 señala: "Pero esta aptitud en que consiste la personalidad o capacidad jurídica se despliega en dos manifestaciones: aptitud del sujeto para la mera tenencia y goce de los derechos, y aptitud para el ejercicio de los mismos y para concluir actos jurídicos".

Finalmente, es menester hacer presente que la capacidad jurídica o de goce no es, ella misma, un derecho subjetivo; es más bien el antecedente lógico a los derechos subjetivos (con el contenido más diverso); es una cualidad jurídica[152].

91. CAPACIDAD DE EJERCICIO

La capacidad de ejercicio, denominada también capacidad de obrar o de hecho, es la aptitud de las personas humanas para obrar por sí mismas en la vida civil. Pero esta aptitud está constituida por un requisito concreto que debe concurrir en las personas, lo que la diferencia de la aptitud para ser titular de derechos, que sólo requiere la atribución de personalidad por el ordenamiento jurídico. Este requisito que supone o más bien constituye la capacidad de obrar es la existencia real y concreta de una voluntad capaz de discernir con responsabilidad y con la debida independencia o libertad cuáles son los actos jurídicos patrimoniales o extrapatrimoniales que desea realizar.

Como ha dicho Orgaz[153] ser capaz o ser incapaz son "cualidades o maneras de ser objetivas de las personas". Y es en atención a este "estado"[154] de carencia de voluntad que el ordenamiento jurídico la protege estableciendo que es un tercero el que debe obrar por ellas.

No cabe, pues, concebir a una persona que, teniendo plena y libre voluntad, sea a la vez incapaz de ejercicio; esto es, que no pueda administrar sus bienes. Tal incapacidad supone más bien una limitación al pleno goce de los derechos, según se ha visto.

El principio general establecido en nuestro Código Civil es que todas las personas humanas son capaces, salvo aquellas que la ley ha declarado expresamente incapaces. Así lo dispone el artículo 1.446 del Código Civil. En consecuencia, la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción.

Y el principio legal precedentemente expuesto "significa, también, que cada incapaz, de derecho o de hecho, lo es únicamente en la medida establecida por la ley"[155]. Es por esta circunstancia que la incapacidad no puede extenderse por analogía a otros supuestos no previstos en la norma[156].

92. ENUMERACIÓN DE LOS INCAPACES

El artículo 1.447 establece quiénes son los incapaces de obrar. Al respecto

---

152 Francesco Messineo: "MANUAL DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL", II (Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971), pág. 100; Enneccerus, Kipp y Wolff, op. cit., I, Vol. I, pág. 325.

153 Orgaz, op. cit., pág. 188.

154 Según Castán, op. cit., I, Vol. I, pág. 136, "para la capacidad de ejercicio se requiere inteligencia y voluntad (conciencia actual), y como estas condiciones no existen en todos los hombres, ni siempre en el mismo grado, la ley niega más veces en absoluto esa capacidad, y otras las limita y condiciona".

155 Orgaz, op. cit., pág. 182.

156 Ibid.

dice: "Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo. Pero la incapacidad de las personas a que se refiere este inciso no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos, determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos".

Los dementes y los impúberes son incapaces porque carecen absolutamente de voluntad; los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito porque su voluntad no puede ser conocida; los menores adultos porque aun teniendo voluntad no se encuentran todavía completamente formados; los disipadores interdictos porque han demostrado una falta total de prudencia en la administración de sus negocios.

93. INCAPACIDADES ESPECIALES O PROHIBICIONES LEGALES

El último inciso del artículo 1.447 establece que, además de las incapacidades mencionadas, hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

Estas incapacidades especiales o particulares de que habla la ley se encuentran establecidas para proteger a los incapaces o en consideración a la moral, al orden público y a las buenas costumbres.

Se ha discutido qué clase de incapacidad es la que establece el inciso en comentario.

Eduardo Becquet[157] y Avelino León H.[158] estiman que las incapacidades especiales a que se refiere el último inciso del artículo 1.447 son de goce y no de ejercicio por cuanto constituyen prohibiciones que impiden la adquisición de ciertos derechos. Lo anterior, en la medida que la ley prohíba absolutamente la celebración del respectivo acto o contrato.

Claro Solar[159] entiende que se trata de una especie de incapacidades relativas y, por consiguiente, sólo de incapacidad de ejercicio.

Arturo Alessandri[160] sostiene que más que una incapacidad hay una prohibición, que acarrea la ilicitud del objeto y la nulidad absoluta del acto.

Nosotros concordamos con la opinión dada por E. Becquet y A. León H. En efecto, la prohibición de celebrar un acto o contrato en forma absoluta es una

---

157 Eduardo Becquet: "DE LAS INCAPACIDADES PARTICULARES EN EL CÓDIGO CIVIL", N° 12, pág.23, citado por don Avelino León, "La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos" (Editorial Jurídica de Chile, 1963), pág. 423.

158 Avelino León H., op. cit., pág. 423.

159 Claro Solar, op. cit., pág. 128

160 Citado por Avelino León, op. cit., pág. 421.

clara limitación a la capacidad de goce, como ya lo expresáramos precedentemente[161].

Cosa distinta es la sanción por el hecho de contravenir la prohibición impuesta por la ley, sanción que sin duda es la nulidad absoluta según se desprende de la parte final del art. 1.447 del Código Civil.

Desde luego cabe advertir que aquellas prohibiciones que pueden ser subsanadas mediante el cumplimiento de determinados requisitos, no establecen incapacidades de goce; tampoco incapacidades de obrar. Sólo instituyen determinados requisitos que deben ser cumplidos so pena de nulidad.

94. EFECTOS DE LOS ACTOS DE LOS INCAPACES

a. Cómo pueden actuar los absolutamente incapaces en la vida jurídica

El absolutamente incapaz sólo puede actuar en la vida jurídica representado por la persona que tiene su representación legal. Son representantes legales, por ejemplo, el padre o madre bajo cuya potestad vive el incapaz y el tutor o curador del pupilo (art. 43).

Los actos que ejecute un absolutamente incapaz por sí mismo serían, en estricto rigor, inexistentes, pues se supone que el incapaz absoluto carece de voluntad o que no puede expresarla.

Sin embargo, nuestra legislación civil sanciona expresamente los actos de los absolutamente incapaces que actúan por sí mismos con la nulidad absoluta (art. 1.682 inc. 2). Esto significa que el acto que celebra el incapaz sin estar debidamente representado existe, nace a la vida del derecho, pero con un vicio que hace posible su declaración de nulidad. Finalmente, cabe tener presente que, de conformidad con lo prescrito por el inc. 2 del artículo 1.447, los actos de los absolutamente incapaces no producen ni aun obligaciones naturales y no admiten caución.

---

161 El concepto de capacidad de goce comprende, también, la posibilidad de que una persona natural o jurídica ejerza o realice por sí misma o por medio de otra persona los actos que no le sean directamente prohibidos. Y esto no debe confundirse con la capacidad de ejercicio o de obrar. Estamos en el supuesto de que se impida o se prohíba a una persona la realización de un acto o contrato ya sea por sí misma o por otro que lo haga en lugar y a nombre de él. En este evento, existe evidentemente una incapacidad de goce relativa a ese acto o contrato determinado o, mejor dicho, una incapacidad relativa al derecho subjetivo que por su intermedio adquiriría (En este mismo sentido se manifiestan Abelenda, op. cit., pág. 241; Orgaz, op. cit., pág.176 y en general los autores franceses según el mismo Orgaz). Si la prohibición se le impone a una persona respecto de un derecho que ya tiene, la incapacidad de goce pasa a ser una expropiación, siempre que la limitación o incapacidad importe una privación esencial de alguno de los atributos o facultades del dominio, porque, en el fondo, la expropiación no es más que la privación de la capacidad de goce respecto de un derecho del cual una persona ya es titular. Y aunque, como hemos dicho, la capacidad no es un derecho subjetivo, se puede privar a una persona de la titularidad sobre el mismo, ya sea atacando la propiedad que ejerce u ostenta, ya sea destruyendo el soporte jurídico del dominio, esto es, la capacidad de goce.

b. Cómo pueden actuar los relativamente incapaces en la vida jurídica

Los relativamente incapaces pueden actuar válidamente en la vida jurídica representados o autorizados por su representante legal.

De este modo, el contrato en que es parte un incapaz relativo puede haber sido celebrado directamente por el representante legal, a nombre del incapaz, o directamente por el incapaz relativo, autorizado por su representante legal.

Por excepción la ley permite que los incapaces relativos ejecuten ciertos actos sin necesidad de representación o de autorización: tal ocurre, por ejemplo, en actos personalísimos como el reconocimiento de un hijo natural.

Asimismo, el menor adulto es capaz para administrar su peculio profesional, (art. 246 del Código Civil). Debe, eso sí, recabar la autorización judicial para enajenar o gravar los inmuebles que formen parte del peculio profesional (art. 255).

Los actos que ejecuten los relativamente incapaces sin la autorización o representación del representante legal se sancionan con la nulidad relativa, en conformidad con lo dispuesto por el artículo 1.682 inc. final.

Sin embargo, y en atención a que la ley considera que los incapaces relativos tienen suficiente juicio o discernimiento, las obligaciones contraídas por éstos tienen la calidad de naturales y pueden ser caucionadas por terceros (art. 1.470 y 1.472).

95. CONVENCIONES SOBRE CAPACIDAD

Las convenciones entre particulares que tengan por objeto limitar o extender más allá de los términos de la ley la capacidad de goce o de ejercicio de un individuo son nulas, por cuanto importan siempre la renuncia a derechos consagrados por normas de orden público que interesan a la sociedad en general y no sólo al renunciante.

Así, sería nula por ilicitud del objeto una garantía establecida en favor de un acreedor consistente en privar al deudor del derecho de administrar sus bienes, por cuanto ello importa, en el hecho, la privación por mutuo acuerdo de una parte de su capacidad de goce[162].

Distinto es el caso de una prohibición convencional de celebrar un acto jurídico respecto de un bien determinado. En este caso, la prohibición sólo impone al sujeto pasivo una obligación de no hacer que no limita ni puede limitar su capacidad de ejercicio. Por ello, el acto realizado en contravención a la prohibición no es nulo, pues no se ha limitado la capacidad del contratante.

---

162 En este mismo sentido Avelino León, op. cit., pág. 393.

LAS INCAPACIDADES DE EJERCICIO

A) La Demencia

96. CONCEPTOS GENERALES SOBRE LA DEMENCIA

Nuestro Código Civil no define la demencia, pero con esa expresión se refiere a la situación en que se encuentra una persona que por alteración de sus facultades mentales carece de la aptitud necesaria para dirigir su persona o para administrar sus bienes. Así se ha fallado[163].

Sin embargo, la falta de aptitud del demente para administrar competentemente lo suyo, debe reconocer su causa en una enfermedad mental[164] susceptible de producir tal efecto. Si el individuo carece de dicha aptitud por otra causa distinta, no es enfermo mental y por consiguiente no es demente ni es incapaz. (Tal es la situación, por ejemplo, en que se encontraría un ebrio o un toxicómano).

Todo demente es, sin duda, enfermo mental. Pero no todo enfermo mental es considerado demente por nuestro ordenamiento jurídico. Para ello es necesario, además, que la enfermedad afecte de tal manera al individuo que le impida dirigir su persona y administrar competentemente sus negocios.

Al derecho no le corresponde designar, desde un punto de vista técnico, cuáles son las enfermedades mentales susceptibles de privar al sujeto de discernimiento. Esta circunstancia se analizará en cada caso concreto, y serán los tribunales de justicia los encargados de resolver la cuestión debatida, después de haber apreciado los hechos y de haber oído el dictamen de los facultativos.

De las consideraciones precedentes, se puede llegar a la conclusión que es demente y por consiguiente incapaz, aquella persona que, como consecuencia de una enfermedad mental, carece de la aptitud necesaria para administrar competentemente lo suyo.

De esta manera, la decisión para considerar demente a una persona deberá ser precedida de una investigación científica y práctica que tendrá siempre por objeto establecer las siguientes circunstancias:

a) Que la persona adolece de una enfermedad mental; y

b) Que esa enfermedad mental produce en el individuo una ineptitud para administrar competentemente lo suyo.

"Enfermedad mental es un proceso morboso del psiquismo, orgánico o funcional, más o menos permanente, caracterizado por el menoscabo, perversión

---

163 Corte de Concepción, 27 de agosto de 1986, "Gaceta", t. 2 Nº 3325, pág. 613.
164 Orgaz, op. cit., págs. 330 y 331.
165 Ibid.

o desorden de las facultades mentales"[165]. De esta manera, el análisis de si una persona es realmente un enfermo mental será siempre una cuestión que deberá ser resuelta por especialistas de la ciencia médica, y no le cabe al juez otra intervención en esta materia que la de pedir el dictamen de dichos facultativos

Determinar si la enfermedad mental impide la competente administración de los bienes propios es, en definitiva, determinar la gravedad de la enfermedad para los fines del derecho privado, y como tal, no constituye sino más bien un problema netamente jurídico de competencia exclusiva del juez[166].

Para los fines del derecho privado, la enfermedad mental afecta la capacidad del individuo en la medida que le impida manejarse a sí mismo y administrar sus intereses. Y para ello, no sólo debe observarse el aspecto patrimonial. También "debe considerarse la conducta general del sujeto en sus diversas esferas de relaciones jurídicas, por ejemplo, en las relaciones de familia, aunque la enajenación no afecte inmediatamente a la administración de los bienes"[167].

Como dice Orgaz[168] este aspecto esencialmente jurídico es de la mayor importancia, pues, "para el derecho, no puede bastar la sola circunstancia de que el individuo sea un enfermo mental, dado que no se trata aquí de la mera comprobación de un estado de "insanidad", sino de uno de "incapacidad" para la vida jurídica".

El artículo 465 del Código Civil establece en forma clara que, para ser privado de la administración de sus bienes, "el adulto debe hallarse en un estado habitual de demencia".

Se plantea, entonces, la necesidad de dilucidar si el carácter habitual o permanente de la enfermedad mental es un requisito jurídico indispensable para producir una incapacidad de ejercicio por causa de demencia.

Desde luego, debemos advertir que el problema planteado no se encuentra desprovisto de consecuencias prácticas. Así, si la demencia no habitual no fuere causal de incapacidad, se debería llegar a la conclusión que los actos celebrados por un demente no podrían ser anulados por falta de capacidad, sino que por falta de voluntad, lo que produce, más que nulidad, inexistencia jurídica.

Nosotros pensamos que tanto los dementes habituales como los no habituales son incapaces absolutos. Los primeros lo son siempre; los segundos, sólo mientras dura su corto estado de enajenación mental. Para concluir de tal manera, discernimos sobre la base de los siguientes argumentos:

1º El artículo 1.447 del Código Civil sólo se limita a señalar que son incapaces los dementes, sin agregar ningún otro requisito o condición. De modo que no procede que el intérprete le agregue a la disposición un requisito evidentemente no consentido por el legislador.

2º En el derecho romano, la incapacidad del demente principiaba de pleno

166 Orgaz, op. cit., pág. 332.
167 Ibid.
168 Ibid.

derecho con la locura y cesaba de pleno derecho al desaparecer o suspenderse; y si bien el derecho chileno estableció la institución de la interdicción del demente que el derecho romano no conoció, no se apartó íntegramente de la tradición romana, de modo que se debe reconocer en ella la fuente de la intención del legislador.

De esta manera, debemos concluir que la permanencia más o menos prolongada de la enfermedad mental no es un requisito de la incapacidad de ejercicio. Sólo lo es para declarar interdicto por tal motivo a un individuo.

97. LA INTERDICCIÓN DEL DEMENTE. REQUISITOS

Según lo dispone el artículo 456 del Código Civil, "el adulto que se halla en un estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos". De esta manera, el demente que es privado por sentencia judicial del derecho a administrar sus bienes, se dice que se encuentra interdicto por causa de demencia.

Los requisitos para que una persona pierda el derecho de administrar sus bienes por causa de demencia son los siguientes:

a) En primer lugar debe tratarse de una persona adulta, esto es, mayor de 12 años en el caso de las mujeres y de 14 en el caso de los hombres. Los impúberes son absolutamente incapaces sean o no dementes, por lo que no procede privarlos de una administración que jamás han tenido;

b) En segundo lugar debe tratarse, obviamente, de un enfermo mental que se encuentra impedido de administrar competentemente lo suyo y de dirigir su persona; y

c) Finalmente, la enfermedad mental debe ser habitual.

En consecuencia, el adulto que no se halla en estado habitual de demencia sino que le aqueja un pasajero estado de enajenación, no puede ser privado de la administración de sus bienes y, por consiguiente, no puede ser declarado en interdicción por demencia.

Esto último, insistimos, no significa que la persona no haya sido incapaz absoluto durante el estado de demencia. El concepto de incapacidad de ejercicio comprende o encierra, como ya se ha dicho, una noción concreta: se es incapaz en la medida que no se pueda, en el hecho, administrar competentemente los bienes propios, sea por causa de la demencia, por la menor edad o por otra prevista en nuestro ordenamiento jurídico.

La interdicción por demencia sólo se justifica en la medida que las causas que la provocan sean permanentes. De lo contrario, se desvirtúa toda la institución de la curaduría del demente.

En conclusión, la habitualidad no es un requisito de la demencia y por consiguiente de la incapacidad. Es, sin embargo, un elemento necesario y un requisito perentorio para privar a una persona de la administración de sus bienes.

98. SOBRE EL CONCEPTO DE HABITUALIDAD

Como se ha señalado anteriormente, el concepto de demencia en sentido jurídico no es sinónimo de enfermedad mental, desde el momento que aquél exige como requisito, además, que la enfermedad impida administrar competentemente los bienes.

Pues bien, como primera advertencia, es menester señalar que lo que debe ser habitual para declarar en interdicción a un demente no sólo es la enfermedad mental que padece, sino también y muy especialmente, el efecto que ella produce, en el sentido de impedir la competente administración de los bienes del demente.

De lo anterior se concluye que pueden existir personas que padezcan de una grave enfermedad mental de carácter permanente y que no se deba ni pueda declararlos en interdicción, puesto que han sido y están siendo sometidos a un tratamiento médico constante que impide se produzcan los efectos de tal enfermedad o los atenúa considerablemente.

Ahora bien entendemos por demencia habitual aquella que padece normalmente un individuo, y por consiguiente constituye su forma habitual de ser o estar, aunque tenga intervalos lúcidos.

En consecuencia, el concepto de habitualidad excluye o no es comprensivo de dos situaciones bien precisas: los periódicos ataques de demencia y un estado pasajero de demencia.

Un sujeto que padece una enfermedad mental que le provoca en forma periódica estados de enajenación que le privan de la facultad de discernir no puede ser privado de la administración de sus bienes, pues el estado de demencia no constituye su forma habitual de ser o estar. Los problemas prácticos que se presentan deberán solucionarse por otra vía (nombramiento de un mandatario, etc.); pero no puede recurrirse a la interdicción y al posterior nombramiento de curadores[169].

Tampoco el concepto de demencia habitual es comprensivo de un pasajero estado de demencia, pues, en tal caso, no se justificaría la interdicción de una persona sólo transitoriamente privada de voluntad[170].

Pero debe dejarse establecido que para que la demencia sea habitual no necesita ser continua, pues el artículo 456 del Código Civil declara que la interdicción procede aunque tenga intervalos lúcidos.

Tampoco necesita ser absoluta; sólo requiere que impida la competente administración de los bienes propios.

99. EL JUICIO DE INTERDICCIÓN

"La interdicción es el estado de una persona que ha sido declarada por

169 En el mismo sentido Orgaz, op. cit., pág. 331; Enneccerus, Kipp y Wolff, op. cit., I, Vol. I, pág. 377; Puig Peña, op. cit., I, Vol. II, pág. 168, Castán, op. cit., I, Vol. II, pág. 217.

170 Ibid.

sentencia judicial incapaz de los actos de la vida civil, privándola de la administración de sus bienes".

La interdicción por demencia es una materia contenciosa, y la demanda respectiva debe tramitarse conforme a las reglas del juicio ordinario. Así se ha fallado[171]. Se ha fallado, también, que la interdicción por demencia no puede iniciarse ni seguirse por medio de un procedimiento de oficio[172].

La demanda que contiene la petición de interdicción debe notificarse al supuesto demente; y si la demencia de éste es manifiesta, corresponderá acreditar la circunstancia en el proceso para designar al demandado un curador especial adlitem al que deberá notificarse la referida demanda. Así lo establece el artículo 494 del Código Civil y así se ha fallado[173].

El juicio debe iniciarse a solicitud de parte legítima, nunca de oficio, ante el juez de primera instancia del domicilio del presunto demente y si hay varios competentes, la demanda debe ser presentada a la Corte de Apelaciones para la designación del juzgado. Así también se ha fallado[174].

Según lo dispone el artículo 459 del Código Civil, pueden provocar la interdicción del demente las siguientes personas:

a) El cónyuge no divorciado del supuesto demente. También debe entenderse que no pueden pedir la interdicción los cónyuges separados de hecho, pues concurre igual razón que para aquellos divorciados, esto es, "la verosímil pérdida de afecto o la existencia de resentimientos entre marido y mujer"[175].

b) Por cualesquiera de los consanguíneos legítimos hasta el cuarto grado del supuesto demente;

c) Por los padres, hijos y hermanos naturales del supuesto demente;

d) Por el defensor público;

e) Por el curador del menor a quien sobreviene la demencia durante la curaduría; y

f) Si la locura fuere furiosa, o si el loco causare notable incomodidad a los habitantes, podrá también hacerlo el procurador de ciudad[176] o cualquiera persona del pueblo.

---

171 Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de julio de 1908, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", Tomo 5, sección segunda, pág.129, Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de marzo de 1950, "Gaceta", 1950,1er semestre, N° 67, pág. 348.

172 Corte Suprema, 13 de septiembre de 1902, "Gaceta", 1902, Tomo 2, N° 2278, pág. 609.

173 Corte Suprema, 10 de marzo de 1950, "Gaceta", 1950, 1er semestre N° 67, pág. 348, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 47, sección primera, pág. 357.

174 Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de julio de 1908, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", Tomo 5, sección segunda, pág. 129.

175 Orgaz, op. cit., pág. 336.

176 La Junta Central de Beneficencia -según el reglamento de reclusión de insanos, aprobado por

Se ha fallado[177] que las personas mencionadas no tienen el derecho ni la obligación de provocar el juicio de interdicción del pariente que se encuentra en estado de demencia; ello constituye una simple facultad, o sea, la potencia o la virtud para proceder así; facultad que, sin embargo, es una obligación para los ascendientes o descendientes o para los llamados en segundo grado a la sucesión intestada del demente, so pena de ser declarados indignos de suceder al difunto (art. 970 C.C.).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 461 en relación con el artículo 446 del Código Civil mientras se decide la causa, podrá el juez, en virtud de los informes verbales de los parientes o de otras personas, y oídas las explicaciones del supuesto demente, decretar la interdicción provisoria.

Pero cabe advertir que si la demanda no ha sido notificada al supuesto demente, no ha llegado a formalizarse la causa y sin ella no puede decretarse la interdicción provisoria, desde que ésta sólo procede, como se ha visto, mientras se decide la causa[178].

100. PRUEBA DE LA DEMENCIA

La prueba de la demencia puede producirse, tanto en el juicio de interdicción, como en un pleito en que se demande la nulidad de un acto o contrato por causa de incapacidad absoluta. Lo que diremos enseguida se debe aplicar a ambos casos.

Ahora bien, la demencia es -como se ha señalado- un concepto jurídico que requiere la concurrencia de dos elementos copulativos, a saber: una enfermedad mental que además produzca la ineptitud para la administración de los bienes. La prueba debe tener por objeto comprobar la existencia de estos dos requisitos o elementos.

El artículo 460 del Código Civil establece: "El juez se informará de la vida anterior y conducta habitual del supuesto demente, y oirá el dictamen de facultativos de su confianza sobre la existencia y naturaleza de la demencia".

Para determinar cuáles son los medios de prueba aptos para comprobar la existencia de la demencia, creemos que es menester efectuar las siguientes distinciones:

a) Se debe distinguir entre la prueba que requiere la demencia actual para los fines de la interdicción y aquella que requiere la demencia invocada con el objeto de obtener la anulación de un acto o contrato; y

---

Decreto Supremo N° 68 (Diario Oficial del 10 de marzo de 1927)- es, para los efectos del artículo 459, el procurador de la ciudad; pero actualmente la ley N° 10.383 del 8 de agosto de 1952, señala al Servicio Nacional de Salud las funciones, obligaciones y atribuciones que las leyes y reglamentos encargan a dicha Junta Central.

177 Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de septiembre de 1961, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", Tomo 58, sección segunda, pág. 115.

178 Así se ha fallado: Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de marzo de 1950, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", Tomo 47, sección primera, pág. 357.

b) Se debe distinguir, también, y en todo caso, entre la prueba de la enfermedad mental y la prueba de la ineptitud que ella produce para administrar los bienes propios.

Ahora bien, desarrollando las consecuencias que las distinciones mencionadas producen, se obtiene, a nuestro juicio, lo siguiente:

La prueba de la existencia de una enfermedad mental para los fines de una interdicción se demuestra por el dictamen de los médicos[179]. Y esto porque ni los documentos, ni los testigos, ni las presunciones, ni la inspección personal del tribunal son medios de prueba que pueden tener autoridad para dictaminar sobre un tema que es eminentemente técnico[180].

La prueba de la ineptitud para administrar los bienes que esa enfermedad mental produce, puede demostrarse por todos los medios de prueba que establece la ley, incluso presunciones[181]. Y esto porque el problema en comentario sólo puede ser apreciado mediante las manifestaciones concretas de la personalidad del supuesto demente y del análisis cierto que una persona con sentido común puede y debe realizar.

La prueba de una enfermedad mental y de la ineptitud para administrar los bienes, destinada a comprobar la existencia de demencia para obtener la anulación de un acto jurídico celebrado con anterioridad, puede demostrarse por todos los medios de prueba que establece la ley, incluso presunciones. Lo anterior, porque el caso en comentario no plantea ni con mucho un problema psiquiátrico, sino sólo una situación en que resulta esencial un juicio sobre la voluntariedad del acto. Y resulta obvio que el juez habrá de resolver el problema como juez, es decir, con el criterio de la ley y no con el de la psiquiatría[182].

Creemos, finalmente, que en el juicio de interdicción no se puede plantear la duda sobre a cuál de las partes le corresponde el peso de la prueba. Los claros términos del artículo 460 sólo dan lugar para concluir que es el juez quien tiene el deber y la obligación de indagar e investigar lo que sea necesario para la debida resolución del asunto.

Distinto es el caso de un juicio de nulidad de un acto o contrato por causa de demencia. En tal caso rigen las reglas generales sobre la carga de la prueba[183]. Así lo dispone expresamente el artículo 465 del Código Civil.

En lo que respecta a la designación de los médicos, cabe señalar que el Código Civil no establece el número de médicos que deben practicar el examen

---

179 En el mismo sentido Orgaz, op. cit., pág. 347.

180 En el mismo sentido Claro Solar, op. cit., V, pág. 150, aunque se debe reconocer que este autor no hace la distinción que nosotros efectuamos, de modo que sólo expresa a este respecto una opinión general aplicable a la prueba de todos los casos de demencia, posición que rechazaremos.

181 Si es un hecho conocido que el supuesto demente no conoce el valor de las cosas, esto es, el grado de utilidad de las mismas expresado en dinero, se debe presumir que no puede administrar competentemente lo suyo.

182 Orgaz, op. cit., pág. 349.

183 En igual sentido Claro Solar, op. cit., V, pág. 149, N° 2462.

del supuesto demente. Pero como el artículo 460 exige el dictamen de facultativos, se debe llegar a la conclusión que deben ser más de uno.

Los médicos deben ser de confianza del juez; pero nada obsta a que éste deposite su confianza en los médicos propuestos por las partes.

101. EFECTOS DE LA INTERDICCIÓN. ALCANCE DE LA INCAPACIDAD

La sentencia que declara la interdicción de una persona por causa de demencia produce dos efectos fundamentales:

a) Priva al demente de la administración de sus bienes y le nombra un curador general que vele por sus intereses; y

b) Trae como consecuencia que todos los actos del demente, posteriores al decreto de interdicción, son nulos, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido (artículo 465 inc. 1).

En lo que respecta a este último efecto la ley ha establecido una especie de presunción de derecho en el sentido de que la persona demente ejecutó el acto o celebró el contrato en ese estado, y, por consiguiente, no se admitirá prueba destinada a demostrar que obró en un intervalo lúcido y por ende, en estado de cordura.

La nulidad de los actos del demente posteriores al decreto de interdicción es absoluta, según lo dispone el artículo 1.682 del Código Civil.

Pero, ¿la nulidad señalada se hace extensiva como sanción a todos los actos ejecutados por el demente de cualquier naturaleza que sea? En otras palabras, ¿la interdicción resulta ser completa y total?

Claro Solar[184] señala que "al referirse a los actos o contratos del demente, la ley ha entendido indicar todos aquellos que miran a la administración y disposición de los bienes; a todos los actos pecuniarios o patrimoniales"[185].

En lo que respecta al testamento, es claro que éste resulta nulo, puesto que el Código Civil señala expresamente que no es hábil para testar el demente interdicto (art. 1.005 N° 3).

En lo que toca al matrimonio, el artículo 30 de la Ley de Matrimonio Civil expresa que el impedimento de demencia debe existir al momento del matrimonio. De modo que bastaría con probar que éste no existía al tiempo del matrimonio. En consecuencia, no se aplica a este respecto el artículo 465 inc. 1 del Código Civil[186].

En lo que respecta, finalmente, al reconocimiento de hijo natural,

---

184 Claro Solar, op. cit., pág. 153.

185 En el mismo sentido Manuel Somarriva: "DERECHO DE FAMILIA" (Editorial Nascimento, Santiago, 1963), págs. 40 y 41.

186 Pero esta prueba es casi imposible de rendir cuando la demencia ha existido antes del matrimonio.

concordamos con Claro Solar en el sentido de que "no habría razón alguna para impedirle al interdicto que durante la intermitencia de su demencia y en plena e inteligente conciencia de sus actos y de su voluntad quisiere efectuarlo"[187].

La sentencia del juicio de interdicción no produce efecto retroactivo ni puede producirlo, aun con declaración expresa del juez. Por esto no procede someter a interdicción a una persona en una época anterior al fallo de la causa y mucho menos declarar que se hallaba en un estado habitual de demencia desde la época que el propio tribunal fije. Así se ha fallado[188].

102. ACTOS ANTERIORES A LA INTERDICCIÓN

El inciso segundo del artículo 465 del Código Civil expresa que los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción, serán válidos; a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente.

Es claro entonces que dichos actos son válidos. Y se tienen por tales hasta que no se pruebe que el que los ejecutó estaba entonces demente.

Pero ¿qué se entiende por la expresión "estaba entonces demente"?

Para Luis Claro Solar[189], con la expresión mencionada, el legislador pretendió señalar que, para invalidar un acto o contrato ejecutado sin previa interdicción, basta con probar que la persona se encontraba demente en la época en que los actos o contratos fueron hechos y no en el preciso momento de su ejecución o celebración.

Para concluir de tal manera se basa en la redacción que tenían los artículos 534 y 535 del proyecto del Código Civil de 1853 que a la letra decían: "La interdicción del demente o loco será absoluta. Todos los actos o contratos ejecutados por el demente o loco, durante la interdicción serán nulos". El artículo 535 agregaba: "Esta nulidad se extenderá aun a los actos y contratos anteriores al decreto de interdicción, si se prueba que al tiempo de celebrarse el demente o loco pasaba generalmente por tal o estaba entonces en un acceso manifiesto de demencia o locura". El cambio de redacción dada al artículo 535 (hoy inc. 2 del art. 465) -agrega- no pretendió modificar, sin embargo, el espíritu de la disposición. Sólo se quiso eliminar el requisito de la pública notoriedad.

Nosotros estamos de acuerdo con la posición del autor citado. Resulta obvio que es ilógico e imprudente exigir una prueba que demuestre que una persona se encontraba demente en tal día y a tal hora del día.

Creemos, sin embargo, que el problema excede los límites antes descritos. Un pleito en que se persiga la nulidad de un acto o contrato celebrado por una persona supuestamente demente sin previa interdicción impone al juez, más que un dictamen psiquiátrico, un juicio sobre la voluntariedad y racionalidad del acto.

---

187 Claro Solar, op. cit., V, pág.143, N° 2455.

188 Corte de Talca, 28 de diciembre de 1936, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", Tomo 36, sección primera, pág.372.

189 Claro Solar, op. cit., V, pág.146, N° 2459.

En consecuencia, "al juez le bastará con comprobar que el acto está de acuerdo con las necesidades, con los verosímiles afectos o intereses del agente, con sus anteriores manifestaciones de voluntad, etc., para juzgar que ha sido otorgado voluntariamente, lo mismo que juzga la voluntariedad de todos los actos y contratos de las personas sanas y capaces"[190].

Por el contrario, al juez le bastará con comprobar que el acto celebrado por el supuesto demente es absolutamente irracional, desproporcionado a su objeto, contrario a sus intereses, etc., para darse cuenta que la persona no estaba en su sano juicio, esto es, demente.

103. Rehabilitación del demente

La rehabilitación del demente procede si apareciera que ha recobrado permanentemente la razón (art. 468), esto es, cuando el demente cura. Pero formalmente se requiere, además, una declaración judicial que así lo disponga, dictada en juicio distinto. Así lo dispone el artículo 468 inciso 2 en relación con el artículo 455 del Código Civil y así se ha fallado[191].

Las personas que puedan pedir el levantamiento de la interdicción y la rehabilitación del demente son las mismas personas que pueden provocar su interdicción[192].

B) La Impubertad

104. Conceptos generales

Según el artículo 26 del Código Civil se llama impúber al varón que no ha cumplido catorce años y a la mujer que no ha cumplido doce años.

Pero dentro de los impúberes mismos se distingue entre aquellos que no han cumplido siete años, llamados infantes o niños y aquellos que sí lo han hecho. "Es de interés distinguir esta categoría de impúberes porque a los mayores de 7 años el artículo 723 les reconoce cierta capacidad en materia posesoria al disponer que sólo los infantes son incapaces para adquirir por su voluntad la posesión, sea por sí mismos o por otra"[193].

Por otra parte, en materia de responsabilidad extracontractual civil, el artículo 2.319 establece que no son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años.

Los actos de los impúberes son absolutamente nulos (art. 1.682 inc. 2), no producen ni siquiera obligaciones naturales, y no admiten caución (art. 1.447 inc. 2).

---

190 Orgaz, op. cit., pág. 363.

191 Corte de Valparaíso, 29 de abril de 1910, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", Tomo 8, segunda sección, pág. 64.

192 En el mismo sentido Claro Solar, op. cit., V, pág. 97.

193 Avelino León, op. cit., pág. 401.

Carecen, por otra parte, de peculio profesional o industrial, pues jamás podrán administrar los bienes que adquieran con el producto de su trabajo[194]. Y ello es un requisito esencial de tal peculio.

En relación con la prueba de la impubertad, cabe tener presente que la edad de una persona se prueba por la respectiva partida de nacimiento.

En ausencia de dicha prueba se recurrirá a otros documentos o declaraciones de testigos que fijen la época de su nacimiento.

Finalmente, en ausencia de todo lo anterior, se le atribuirá al menor una edad media entre la mayor y la menor que aparecieren compatibles con el desarrollo y aspecto físico del individuo. En todo caso, se deberá oír el examen de facultativos o de otras personas idóneas (art. 314 C.C.).

C) Los Sordomudos que no pueden darse entender por escrito

105. CONCEPTOS GENERALES

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1.447 del Código Civil, es incapaz el sordomudo que no puede darse a entender por escrito, pues el sordomudo que puede hacerlo no está privado de la administración de sus bienes y es plenamente capaz.

Se fundamenta la incapacidad en que el sordomudo está impedido de expresar su voluntad, de modo que es imposible conocerla.

Según nuestro Código Civil, el sordomudo que no entiende ni puede darse a entender por escrito, debe ser puesto en interdicción cuando ha llegado a la pubertad (art. 470 en relación con el 458 inc. 1).

De lo anterior se concluye, entonces, que resulta necesario obtener una sentencia judicial que declare en interdicción al sordomudo. Para ello, y aunque el código no lo dice, debe iniciarse una gestión contenciosa regida por las reglas del juicio ordinario.

Pueden provocar la interdicción del sordomudo las mismas personas a quienes la ley faculta para provocar la interdicción del demente[195]

Los actos del sordomudo posteriores al decreto de interdicción son nulos de nulidad absoluta; pero como el código nada dice, se entiende que puede ser admitida prueba que pretenda demostrar que, al momento del acto, el sordomudo o se habría rehabilitado o había aprendido a darse a entender por escrito.

Por su parte, los actos del sordomudo anteriores al decreto de interdicción son válidos, a menos de probarse que éste adolecía del defecto y no sabía darse a entender por escrito, al tiempo de celebrarse el acto o contrato de que se trate[196].

---

194 En igual sentido, Avelino León, op. cit., pág.400.
195 En el mismo sentido, Claro Solar, op. cit., V, pág. 167, N° 2482.
196 En este mismo sentido Claro Solar, op. cit., V, pág.170, N° 2487.

106. REHABILITACIÓN DEL SORDOMUDO

Según lo dispone el artículo 472 del Código Civil cesará la curaduría, y por tanto recuperará u obtendrá la administración de sus bienes, el sordomudo que se haya hecho capaz de entender y de ser entendido por escrito, siempre que concurran las siguientes condiciones:

a) Que el mismo sordomudo lo solicite; y

b) Que el juez estime que tiene suficiente inteligencia para la administración de sus bienes.

En consecuencia, nadie sino el sordomudo mismo puede pedir la rehabilitación, o lo que es igual, la cesación de la curaduría.

De la misma manera, el juez debe comprender que el sordomudo que se ha hecho capaz de entender y de ser entendido por escrito tenga la suficiente inteligencia para administrar sus bienes. "Teme la ley que la inhabilidad en que se ha hallado el sordomudo prolongue sus efectos por algún tiempo aun después de haber aprendido a leer y escribir, y que su inteligencia no se haya desarrollado suficientemente para poder gobernarse por sí solo"[197].

Finalmente, se debe concluir que los signos en que el sordomudo puede entender o darse a entender por escrito no necesariamente deben ser los convencionales.

Asimismo, y aunque la ley no lo dice, se debe concluir que existe también rehabilitación cuando el sordomudo deja de serlo, por cualquier causa.

D) Caso de los disipadores o pródigos

107. CONCEPTOS GENERALES

Disipador o pródigo es aquel que ha demostrado una falta total de prudencia en la administración de sus bienes, desperdiciando y consumiendo su hacienda o caudal en gastos inútiles y vanas profusiones[198].

La prodigalidad es, por consiguiente, un concepto relativo que requiere de la concurrencia de dos elementos o requisitos:

a) Los gastos en que ha incurrido el supuesto disipador deben ser considerados excesivos atendidas las particularidades de su patrimonio. En efecto, la prodigalidad debe necesariamente ser apreciada en relación a los recursos de que el sujeto dispone; pues lo que para algunos resulta excesivo para otros será sólo un pequeño egreso injustificado; y

---

197 Claro Solar, op. cit., V, pág. 171, N° 2482.
198 Ibid, pág. 51, N° 2378.

b) Debe tratarse de gastos que sólo tengan por causa el apego a una vida desordenada, irracional y caprichosa; "lo que no debe confundirse con la especulación sobre valores de bolsa u otros que exigen siempre combinaciones serias de la inteligencia, ilustradas por los datos y antecedentes, sino infalibles, a lo menos basados en la experiencia, siempre que no se trate de operaciones disparadas o de empresas insensatas, las cuales, sí, constituirían actos de prodigalidad"[199].

Para que proceda la interdicción por causa de disipación debe tratarse de actos y hechos repetidos y habituales. Así lo señala expresamente el artículo 445 del Código Civil que dice: "La disipación deberá probarse por hechos repetidos que manifiesten una falta total de prudencia".

Ahora bien, para que el disipador o pródigo pueda ser considerado incapaz, es condición esencial que se haya dictado el decreto de interdicción por tal motivo. De lo contrario, el disipador es plenamente capaz y los actos o contratos que ejecute o celebre serán plenamente válidos.

El juicio de interdicción por disipación se rige por similares normas que el de interdicción por demencia. Nos remitimos a lo dicho en esa ocasión.

108. Efectos de la interdicción

La sentencia que declara la interdicción de una persona por causa de prodigalidad, produce tres efectos fundamentales:

a) Provoca la incapacidad relativa del disipador;

b) Priva al pródigo de la administración de sus bienes y le nombra un curador; y

c) Trae como consecuencia que todos los actos o contratos del disipador posteriores al decreto de interdicción adolezcan de nulidad relativa (art. 1.682 inc. 2).

Teóricamente la sentencia debiera producir sus efectos desde el momento en que queda ejecutoriada; pero, como el artículo 447 ordena que los decretos de interdicción deben inscribirse y publicarse, se estima que ella empieza a producir sus efectos desde el momento que se cumplan estas formalidades de publicidad.

La incapacidad del pródigo interdicto se refiere sólo a actos patrimoniales, de modo que no alcanza a los actos de familia, salvo aquellos con contenido patrimonial. Así, el pródigo interdicto es plenamente capaz para contraer matrimonio, para otorgar testamento, para reconocer a un hijo natural, para repudiar la legitimación o el reconocimiento que le haga su padre natural, etc. No puede, sin embargo, celebrar capitulaciones matrimoniales, sin autorización de su curador (art. 1.721 inc. 2).

---

199 Ibid., pág., 53, N° 2380.

109. REHABILITACIÓN DEL PRÓDIGO

La rehabilitación del pródigo procede cuando se comprobare que puede ejercer la administración de lo suyo sin inconvenientes (art. 454 C.C.). Formalmente se requiere una declaración judicial que así lo disponga, dictada en juicio distinto, ceñido a las reglas prescritas para el procedimiento ordinario. Así lo dispone el artículo 455 del C.C. y así se ha fallado[200].

Las personas que pueden pedir el levantamiento y rehabilitación al disipador son las mismas que pueden pedir su interdicción.

E) Menores adultos

110. CONCEPTOS GENERALES

Los menores adultos son aquellos que han dejado de ser impúberes y que no han cumplido todavía 21 años de edad. En otras palabras, son menores adultos las mujeres mayores de 12 años y los hombres mayores de 14, que no hayan cumplido 21 años de edad.

Los menores adultos son incapaces relativos por que sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos.

La incapacidad relativa del menor se extiende a actos judiciales y extrajudiciales.

En efecto, el menor de edad no puede comparecer en juicio como actor sino autorizado o representado por su padre (art. 258). Asimismo, en las acciones civiles contra el hijo de familia deberá el actor dirigirse al padre, para que autorice o represente al hijo en la litis (art. 258). Empero, no es necesario la intervención paterna para proceder criminalmente contra el hijo (art. 260).

En lo que se refiere a materias extrajudiciales, los actos o contratos celebrados por el menor son nulos relativamente por falta de capacidad, a menos que hayan sido autorizados por su padre o por su curador, en su caso (arts. 254, 1.447 y 1.682).

En lo que se refiere a los actos de familia, no puede decirse que existe una regla definida. Puede contraer matrimonio válidamente y puede otorgar testamento (art. 261). En lo tocante a la repudiación del reconocimiento de su filiación natural o de la legitimación se ha preferido, por parte del legislador, dictar una regla especial, pues, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 209 inc. 2 y 273 del Código Civil, mientras el menor de edad no llegue a la mayoría de edad nadie podrá repudiarla por él.

Si el menor adulto no tiene padre o madre que pueda representarlo o autorizarlo, debe nombrársele un curador general de acuerdo a las reglas de los artículos 435 y siguientes del Código Civil.

---

200 Corte de Valparaíso, 20 de abril de 1910, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", Tomo 8, sección segunda, pág. 64.

No obstante lo señalado precedentemente, el menor adulto que trabaja o ha trabajado es plenamente capaz para la mayoría de los actos y contratos que se relacionen con su empleo o profesión o con la administración de lo que hubiere adquirido en virtud de ella.

En efecto, de acuerdo con los artículos 246 y 439 del Código Civil el menor de edad es plenamente capaz para la administración y goce de su peculio profesional, esto es, de los bienes adquiridos por el menor en el ejercicio de todo empleo, de toda profesión liberal, de toda industria, de todo oficio mecánico (art. 263 inc. 1).

Pero la capacidad del menor no sólo se limita a la administración del peculio profesional, como pudiera creerse. En realidad, desempeñando el menor una profesión o industria, es plenamente capaz para celebrar cualquier acto o contrato, pues de acuerdo a los términos del artículo 253, dichos contratos lo obligarán sólo en su peculio profesional o industrial.

Sin embargo, no puede tomar dinero a interés ni comprar a plazo (art. 253 inc. 2).

Hoy en día, la incapacidad del menor ha quedado limitada a la administración de unos cuantos bienes, cuya adquisición es de por sí improbable. Estos bienes son aquellos que haya adquirido el hijo a título de donación, herencia o legado y los frutos de estos bienes, como aquellos que hayan ingresado al patrimonio del hijo en su reemplazo.

En conclusión, con excepción de los bienes recién mencionados, el menor adulto que trabaja o ha trabajado no tiene propiamente tal una incapacidad: sólo una limitación de su responsabilidad individual, pues sólo responde hasta concurrencia de su peculio profesional o industrial, el cual, de ordinario, constituirá todo su patrimonio.

IV. EL PATRIMONIO

111. CONCEPTOS GENERALES

Los orígenes del concepto de patrimonio se encuentran en Roma; pero, no es posible sostener que hubo unidad de criterios para concebirlo.

Como punto principal, sin embargo, podemos sostener que la idea de patrimonio iba intrínsecamente unida y vinculada al concepto de activo, o sea, al conjunto de bienes que una persona tiene.

El patrimonio romano nació como algo absolutamente ajeno al concepto de obligación en la que se extremaba el criterio subjetivo. Durante todo el tiempo en que el acreedor tenía derechos sobre la persona misma del deudor y no sobre sus bienes, el patrimonio fue un concepto puramente nominal carente de significación objetiva.

Pero, la situación vino a cambiar considerablemente con dos reformas legislativas: la primera de ellas, introducida por la llamada Lex Poetelia (429 DC), abolió la auto pignoración contractual del deudor al acreedor, estableciendo que

son sus bienes y no su cuerpo la garantía de sus obligaciones; la segunda, obra del derecho pretorio, permitió la ejecución directa sobre los bienes del deudor, mediante la "Bonorum prescriptio".

A los bienes, objeto de las obligaciones del deudor, se los concibió como formando parte de una universalidad. Posteriormente, fue esta universalidad y no los bienes individualmente considerados los que pasaron a constituirse en el objeto de las obligaciones del deudor.

De esta forma, el patrimonio dejó de ser un concepto carente de significación objetiva. Su finalidad fue la de ser objeto de las obligaciones de su titular.

Ahora bien, la teoría clásica del patrimonio formulada por Aubry y Rau no alteró los objetivos asignados al mismo por los romanos; pero, le dio un marco conceptual mucho más rico, a la vez que concluyó una institución de corte esencialmente técnico y con múltiples ramificaciones en el ordenamiento jurídico.

Para Aubry y Rau, entre las obligaciones del deudor y sus bienes existe un nexo representado por el derecho de prenda general de los acreedores. Pero, contrariamente a los romanos, no solo denominan patrimonio al conjunto de bienes del deudor, sino que, también, al conjunto de sus obligaciones. La idea de activo formó, junto con la de pasivo, un solo y mismo concepto.

Por estos motivos, se suele definir al patrimonio como "el conjunto de los valores pecuniarios, positivos o negativos, pertenecientes a una misma persona y que figuran unos en el activo, los otros en el pasivo"[201].

Pero, junto con ello, se debe llegar a la conclusión de que la noción de patrimonio "no es un concepto jurídico autónomo sino dependiente del concepto de obligación"[202], toda vez que, la única razón de su tratamiento unitario por parte de la legislación positiva, es la de colocar a un conjunto de bienes como adscritos al pago de un conjunto de obligaciones o lo que es igual la de "servir de vinculación entre ciertos bienes y ciertas obligaciones y responsabilidades que están llamados a satisfacer"[203].

Sin embargo, se debe admitir como un hecho indubitado que el concepto jurídico de "patrimonio" trasciende hoy en día las necesidades jurídicas que lo hicieron nacer; y la doctrina moderna ha visto en él un medio para solucionar una cantidad de problemas jurídicos que plantean las exigencias y las figuras económicas que han nacido en la moderna sociedad contemporánea.

En efecto, en el mundo económico de hoy existen numerosas "masas patrimoniales" compuestas de relaciones activas y pasivas adscritas al servicio de una determinada destinación o fin. Y que no reconocen ninguna relación de dependencia con un titular único. La existencia de estos verdaderos patrimonios no puede decirse que se justifica solamente como una forma de complementar el

---

201 Josserand Louis, "DERECHO CIVIL", I, Vol. I (Editorial Bosch), Buenos Aires, pág. 454.
202 Bustamante Luis: "EL PATRIMONIO" (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979), pág. 17.
203 Stitchkin David: "CURSO DE DERECHO CIVIL PROFUNDIZADO, LA TEORÍA GENERAL DEL PATRIMONIO" (Santiago, 1974, pág. 13).

concepto técnico de obligación. La verdad es que contienen entre otros muchos elementos, "una función de garantía y responsabilidad de conexión con su destino[204], el que resulta ser, a veces, de enorme importancia para la sociedad.

Por otra parte, con frecuencia sería de desear que un comerciante pudiera no afectar a su empresa más que una masa de bienes determinada a fin de preservar, para la seguridad de su familia, una parte del capital contra los riesgos de una quiebra.

De las consideraciones precedentes se aprecia que en los últimos tiempos ha venido a enriquecer la noción jurídica de patrimonio un nuevo concepto: el fin o destino al que se ha adscrito un conjunto de bienes. Y este nuevo elemento le da al concepto de patrimonio una realidad nueva y, por consiguiente, debe ser objeto, también, de nuevas y modernas consideraciones jurídicas.

112. LA NOCIÓN CLÁSICA DEL PATRIMONIO

La noción clásica del patrimonio fue desarrollada por Aubry y Rau[205], inspirados en Zachariae[206]. Para ellos el patrimonio es el conjunto de los bienes de una persona considerados como formando una universalidad jurídica. La idea de patrimonio se deduce directamente de la de personalidad: "los diferentes derechos de una persona constituyen un todo jurídico porque están sometidos al arbitrio de una sola y misma voluntad"[207]; a la acción de un único poder jurídico.

Aubry y Rau le señalan al patrimonio tres características esenciales: el patrimonio es una universalidad jurídica; esta universalidad está unida a la persona; y el patrimonio no contiene más que derechos pecuniarios[208].

Analizaremos a continuación dichas características.

A) El patrimonio es una universalidad jurídica

Lo esencial en una universalidad jurídica es el vínculo que une a los diversos elementos que la componen. Estos elementos se fusionan en la universalidad. En otras palabras, pasan a constituirse en un bloque al estar unidos, soldados entre sí.

De este principio fundamental deducen Aubry y Rau las siguientes consecuencias:

Los bienes contenidos en el patrimonio, es decir, los elementos activos de éste están unidos con las obligaciones o deudas que también comprende. En otras

---

204 Santoro Passarelli, "DOCTRINAS GENERALES DE DERECHO CIVIL" (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964), págs. 88-89.

205 Aubry y Rau: "COURS DE DROIT CIVIL FRANCAISE" (París, 1979, 4ª Edición), Nº 573.

206 Abelenda, op. cit., pág. 147.

207 Henri León y Jean Mazeaud: "LECCIONES DE DERECHO CIVIL" (Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959), págs. 434-435.

208 Ibid.

palabras, el activo responde del pasivo. Pero ambos conceptos no son concebidos de una manera contingente sino abstracta, o sea, alejada de un período de tiempo que pueda limitar sus composiciones.

Sin embargo, para que el activo responda del pasivo, concibiendo a ambos de una manera abstracta es necesario que la universalidad jurídica formada por el patrimonio comprenda, además de los bienes presentes, los bienes futuros. Luego, para Aubry y Rau, "el patrimonio comprende no solamente "in actum" los bienes adquiridos, sino "in potentia" los bienes por adquirir en el futuro"[209].

La segunda consecuencia que deducen Aubry y Rau del carácter de universalidad del patrimonio dice estrecha relación con el constante cambio de sus elementos. El problema consiste en fundamentar el hecho de que, a pesar del cambio de los elementos del patrimonio, no se altera su naturaleza ni la vinculación del activo al pasivo, aun cuando los elementos de cada uno de ellos hubieren cambiado en el lapso de tiempo. Se trata, en otras palabras, de justificar el derecho de los acreedores sobre los bienes futuros del deudor.

En este sentido, surge el problema de determinar cómo es posible que un bien, que al tiempo de la relación jurídica no garantiza las obligaciones contraídas por el deudor, pueda, después de ingresar a su patrimonio, pasar a constituir dicha garantía.

Este problema es solucionado por Aubry y Rau, pues para ellos, "los bienes que componen un patrimonio, por estar considerados siempre en su aspecto pecuniario, son fungibles; pueden ser reemplazados por otros bienes. Así, los bienes que entran en el patrimonio reemplazan a los que salen de él: el precio de la venta reemplaza al inmueble vendido. El bien nuevo se subroga al antiguo; ocupa su lugar y tiene su naturaleza: subrogatum capit naturam subrogati. Puesto que el elemento activo que ha salido del patrimonio respondía del pasivo, el elemento que lo reemplaza está afecto igualmente, por tanto, al pago de ese pasivo"[210].

B) El patrimonio es un atributo de la personalidad

Para Aubry y Rau el patrimonio "es una universalidad de derecho y se concibe como un atributo de la personalidad, como una emanación de ella. La persona constituye el soporte del patrimonio, el cual no puede subsistir sin ella"[211].

Concluyen lo anterior pues el patrimonio, al comprender todos los bienes y obligaciones futuras de su titular, constituye, en definitiva, la expresión de la potestad jurídica de que una persona se encuentra investida como tal.

El patrimonio, concebido de esta forma, no sólo conlleva la idea de bienes presentes del deudor, sino también la idea de capacidad de goce que está

---

209 Aubry y Rau, op. cit., III, pág. 573 y siguientes.

210 Henri León y Jean Mazeaud, op. cit., pág. 442.

211 Salvat: "TRATADO DE DERECHO CIVIL ARGENTINO", II (Editorial Depalma, Buenos Aires, Octava Edición, 1947), pág. 7.

representada en él mediante los bienes futuros. Pero, como la capacidad de goce y la noción de sujeto de derecho se confunden en la práctica, se concluye que el patrimonio no es más que una emanación de la personalidad.

Consiguientemente, los conceptos de patrimonio, capacidad de goce y la noción de sujeto de derechos se confunden en la teoría de Aubry y Rau. Así, "la capacidad es la aptitud jurídica de ser sujeto o titular de derechos, esto es, de adquirir derechos reales y personales, cuyo conjunto constituye el patrimonio. La capacidad de goce es al mismo modo la aptitud jurídica de ser sujeto de responsabilidades, esto es, de obligaciones que se hacen efectivas sobre los bienes que constituyen el patrimonio. En consecuencia, ser "sujeto" o titular de derechos y obligaciones, es estar investido de capacidad de goce, y ésta consiste en la aptitud de adquirir derechos y de ser titular de obligaciones, o sea de poseer un patrimonio"[212].

Pero aún más, para Aubry y Rau la misma noción de universalidad de derecho se hace depender no ya de la capacidad de goce, sino de la voluntad, al unir ambas ideas en el concepto de personalidad. "Para ellos, solamente la voluntad de una persona posee la fuerza para reunir derechos en un todo"[213].

De este principio fundamental deducen Aubry y Rau las siguientes consecuencias:

1º *Sólo las Personas pueden tener Patrimonio*

Y esto porque comprendiendo el patrimonio derechos y deberes, es necesario que exista una persona, pues no se concibe que pueda haber un patrimonio, sin un sujeto titular que les sirva de soporte. En otras palabras no hay derechos sin sujeto. De igual manera, al desaparecer la persona, desaparece también el patrimonio.

2º *Toda Persona necesariamente tiene un Patrimonio*

Desde el momento en que, para Aubry y Rau, el patrimonio es un atributo de la personalidad que se identifica con la aptitud para adquirir derechos y obligaciones, toda persona necesariamente debe tener un patrimonio, pues, de lo contrario, carecería de una parte esencial de su personalidad.

3º *Cada Persona sólo puede tener un Patrimonio*

Esto significa que el patrimonio es indivisible, es decir, no puede ser fraccionado en dos o más partes, cada una con activos y pasivos propios e

212 Stitchkin David, op. cit., pág. 26.
213 Henri León y Jean Mazeaud, op. cit., pág. 442.

independientes entre sí. Y no puede dividirse porque la personalidad de un individuo no puede ser dividida en partes o fracciones.

4º *El Patrimonio es inalienable*

En efecto, dado que se identifica con la personalidad, la enajenación del patrimonio importa la enajenación de una parte de la personalidad, lo que no puede aceptarse.

C) *El Patrimonio sólo contiene derechos y deberes susceptibles de evaluación pecunaria*

Desde el momento que el patrimonio sólo se justifica para adscribir ciertos bienes al pago de ciertas obligaciones, resulta obvio que sólo puede contener derechos pecuniarios. Los otros derechos no servirían para dar cumplimiento a las obligaciones que deberían satisfacer.

113. CRÍTICAS A LA NOCIÓN CLÁSICA

La doctrina clásica del patrimonio ha sido objeto de críticas que sintetizamos a continuación:

Todo el sistema de Aubry y Rau descansa sobre el vínculo que existiría entre la personalidad y el patrimonio. "La omnipotencia de la voluntad del hombre le permite reunir derechos en un todo"[214]. "Semejante afirmación no sorprende por parte de autores de la escuela liberal, que hacían descansar el derecho sobre la persona y su voluntad"[215].

"Fundado así sobre una concepción puramente teórica, la noción clásica de patrimonio aparece rápidamente como demasiado estrecha y como un obstáculo muy serio para el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas"[216].

Por de pronto, podemos señalar que la existencia de masas de bienes, dotadas de vida propia, independientes del patrimonio general o personal, denominados patrimonios separados, especiales o derivados, y que remontan su existencia, incluso al derecho romano, no pueden ser explicados por la teoría de Aubry y Rau.

Por otra parte, "con frecuencia sería de desear que un comerciante pudiera no afectar a su empresa más que una masa de bienes determinada, a fin de preservar, para la seguridad de su familia, una parte de su capital contra los riesgos de una quiebra"[217].

No parece que deba ser defendida en el plano teórico la afirmación de

---

214 Ibid, pág. 441.
215 Ibid.
216 Ibid.
217 Ibid.

Aubry y Rau, en el sentido de que sólo la voluntad de una persona posee la fuerza de reunir derechos en un todo, para formar una universalidad jurídica. "Sin duda, hay que admitir que los derechos de una persona forman un todo; pero de ninguna manera es por voluntad de esa persona. Es en razón de su afectación común que están agrupados en torno de la persona porque le están afectados a ella; son los medios de su actividad. Allí donde algunos bienes estén afectados al mismo objeto, allí deben estar unidos necesariamente, tener una vida común, constituir una universalidad jurídica"[218].

Con razón Bustamante[219], ha señalado que el patrimonio personal es "el patrimonio tipo; alrededor de él gira toda la construcción jurídica de la tesis personalista, puesto al servicio de los fines generales del hombre y cuya principal misión es servir de garantía a los acreedores, derivando la unidad de sus componentes de su relación subjetiva común con la persona de su titular".

Pero si existe un fin específico, distinto por su objeto al fin genérico antes aludido, obviamente la agrupación no puede ser única, porque el fin subsiste aun en contra o ausencia de la voluntad de su titular. Los bienes se deben agrupar en torno a ese fin formando una universalidad jurídica y con el objeto de llevarlo a cabo.

De las anteriores consideraciones se concluye que el patrimonio puede ser dividido en varias fracciones que respondan a los distintos fines de la persona.

El problema de la indivisibilidad del patrimonio no puede ser planteado como un efecto de la indivisibilidad de la personalidad humana, pues, evidentemente, las causas que originan una determinada concepción jurídica no provienen siempre del mismo lugar. Por esto, el problema no se limita a sostener, con mayor o menor fundamento, que el patrimonio no es un atributo de la personalidad y por consiguiente, no es indivisible ni es inalienable, pues los efectos secundarios de estas afirmaciones se harán sentir en todo el ordenamiento jurídico.

Así, mirado desde el punto de vista de los acreedores, la indivisibilidad del patrimonio contribuye, evidentemente, a la seguridad de sus créditos, pues de esta manera son todos los bienes del deudor y no unos pocos los que responden del cumplimiento de sus obligaciones.

La decisión envuelve, como se puede desprender de lo dicho, un problema de orden público, y en último término, se resuelve a la luz de conveniencias prácticas que indiquen el valor jurídico que debe primar en cada caso particular. En otras palabras, la aptitud de ciertos fines para agrupar derechos y obligaciones en un todo, debe ser previamente sancionada por el legislador. Por lo demás, este tipo de decisiones jurídicas ya se han presentado entre nosotros con ocasión del patrimonio reservado de la mujer casada y del peculio profesional del hijo, ejemplos que serán analizados más adelante.

Sin embargo, tampoco se puede aceptar que, aun cuando sea conveniente

---

218 Ibid.

219 Bustamante, op. cit., págs. 85 y 86.

permitir la división patrimonial atribuyendo a ciertos fines la posibilidad jurídica de agrupar derechos en un todo, se opte por negar esta facultad en razón de consideraciones puramente teóricas que, como se ha visto, ni son aceptables ni son concluyentes.

114. TEORÍA DE LOS PATRIMONIOS DE AFECTACIÓN

La doctrina moderna del patrimonio, representada principalmente por Brinz, Bekker y Enneccerus, ha concluido que el patrimonio es independiente de la personalidad, considerándolo objetivamente como una masa de bienes afecta a un determinado objetivo. O sea, la teoría moderna considera al patrimonio simplemente como un conjunto de bienes afectados a un fin determinado[220].

"La esencia del patrimonio -opina Brinz- está en tener o pertenecer a una invisible relación jurídica entre personas y bienes. Pero esta conexión puede subsistir aun entre bienes y fines sustituyendo a la persona un fin"[221].

Los patrimonios sin sujeto de que habla Bekker serían aquellos de las personas jurídicas. No olvidemos que este autor niega la existencia de estas últimas. Niega su existencia como sujetos de derecho[222] (Véase N°7)

En definitiva, los autores mencionados sostienen que en ciertas unidades patrimoniales es posible distinguir la afectación de los bienes a los fines del patrimonio mismo, de la afectación de esos bienes a los fines de su sujeto titular. Sostienen, además, que el centro de intereses subjetivos del patrimonio (la persona titular) puede desaparecer, pero el patrimonio subsiste, con motivo de que el conjunto de bienes y deudas permanece adscrito, destinado a un conjunto de intereses objetivos. Sostienen, en definitiva, que pueden existir patrimonios sin persona o sin relación de existencia con su titular.

De esta manera, "los derechos activos (bienes) no serían otra cosa que los mismos poderes o facultades, que, sin embargo, el que los posee no los posee para sí, sino para el fin. Las obligaciones, las deudas, serían una responsabilidad del patrimonio. El concluir negocios o intentar acciones se haría, no en la propia ventaja, sino en representación del fin para el cual existe el patrimonio, etc."[223].

En suma, el gran mérito de esta teoría es el de haber acentuado la idea o noción de fin. Ésta pasa a ser el punto central al que viene a constituirse un patrimonio destinado a su servicio. Y como dice Ferrara "este elemento teleológico es adquirido definitivamente por la ciencia y no se pierde ya; los escritos siguientes, si bien con otras fórmulas, mantienen, sin embargo, esta idea que ilumina la institución entera"[224].

---

220 Ibid, pág. 22.
221 Ibid.
222 Ibid.
223 Ferrara, "Tratado de la persona jurídica", op. cit., pág.144.
224 Ibid., pág. 146.

115. Críticas a la teoría de los patrimonios de afectación

En primer término, se sostiene que es demasiado revolucionaria en la sistemática del derecho, pues obliga a modificar y a cambiar todas las nociones jurídicas, chocando contra dificultades insuperables.

En segundo lugar, se dice que no pueden existir derechos sin sujeto. El sujeto es el punto de apoyo necesario del derecho, es el punto esencial de ligazón del vínculo jurídico, que no puede permanecer suspenso en el vacío. Y si bien es cierto que puede que no sea esencial un determinado sujeto, eso no significa que no sea esencial el sujeto.

Sin embargo, si bien debe reconocerse que no existe patrimonio sin sujeto de derecho, se debe rescatar de la teoría de los patrimonios de afectación el hecho de que, en ciertos casos, los fines a los cuales está adscrito un determinado conjunto de bienes pueden constituirlo en una masa patrimonial distinta al patrimonio propiamente tal, esto es, del patrimonio general de la persona titular. En otras palabras, si bien el patrimonio debe sustentarse en una persona natural o jurídica, en ciertas circunstancias, la diversidad de los fines a que están adscritos los distintos componentes del mismo hace que el patrimonio único del titular se divida en tantas fracciones como grupos de bienes adscritos a fines específicos tenga.

116. Los patrimonios fraccionados

Una gran parte de la doctrina considera como patrimonios fraccionados aquellos que tienen como destino un fin especial, en contraposición al patrimonio general del hombre que se encuentra al servicio de los fines más genéricos de su titular. De esta forma, existen fines primarios y secundarios. El patrimonio general del hombre, o patrimonio originario, es el medio que asegura y realiza la plenitud de su personalidad. El patrimonio fraccionado persigue la obtención de ciertos fines preestablecidos, pero no monopoliza en sí mismo la plena realización de la persona en cuyo interés ha sido establecido. Así, el patrimonio reservado de la mujer casada y el peculio profesional del menor adulto, han sido creados para servir ciertos fines secundarios, pues no aseguran por sí solos la realización plena de la personalidad de la mujer o del menor.

En cuanto a la función de los patrimonios fraccionados se ha sostenido que está constituida por la limitación de la responsabilidad individual; pero como advierte un autor[225], "la limitación de la garantía tiene como finalidad el cumplimiento de una función, pero no constituye la función del patrimonio fraccionado". Como se observa en los casos señalados del menor adulto y de la mujer casada en régimen de sociedad conyugal, el legislador ha querido facilitarles, y aun estimularles, su vocación de trabajo productivo, confiándoles el manejo de los bienes que adquieran como fruto de su esfuerzo propio, y sólo por

---

225 Citado por Clemente de Diego, op. cit., pág. 286.

una vía secundaria ha limitado su responsabilidad individual a los bienes que administran como una forma de protegerlos.

Espín[226] ha señalado que cualquiera que sea el régimen jurídico de los patrimonios fraccionados "presentan como caracteres comunes su existencia con absoluta independencia entre ellos, su capacidad de propias relaciones y su insensibilidad a las vicisitudes del patrimonio general".

No creemos, sin embargo, que se pueda afirmar tan rotundamente, al menos en nuestro país, la absoluta independencia de los activos y pasivos de los patrimonios fraccionados, en relación con el patrimonio general u originario. El pasivo del patrimonio reservado de la mujer casada -por ejemplo- no sólo está compuesto por las obligaciones contraídas por la mujer en la gestión de dicho patrimonio sino también cuando se probare que los contratos ejecutados o celebrados por el marido cedieron su utilidad de la mujer o de la familia común. (Art. 150 inc. 6)

Si alguna regla general pudiera dictarse sobre el particular, es que, entre las distintas fracciones patrimoniales existe, la más de las veces, una total independencia; salvo cuando una de ellas se haya visto beneficiada a expensas o con motivo del acto cuyos efectos recaen sobre la otra; y en general, en todos los casos en que se produce un enriquecimiento sin causa. Para decirlo en otros términos, cuando la garantía general de los acreedores de uno de los patrimonios fraccionados ha sido injustificadamente perjudicada a consecuencia del traslado de riqueza a otra de las fracciones o, incluso, al patrimonio originario.

Lo que sí parece acertado señalar sobre el particular es que en el régimen de los patrimonios fraccionados o derivados, el legislador ha alterado el régimen de vinculación general de ciertos bienes a ciertas obligaciones (art. 2.465).

Compartimos, en términos generales la opinión[227] que ha definido los patrimonios fraccionados como aquellos en los cuales "cada fracción está sometida a un régimen jurídico diferente y donde las gestiones realizadas en cada uno de ellos sólo obligan o comprometen los bienes de aquella parte o fracción, sin que sea lícito comprometer los bienes de la otra".

De las consideraciones precedentes se puede sostener que lo que caracteriza esencialmente a los patrimonios fraccionados es la existencia de una masa de bienes singulares, con activos y pasivos propios, sin dejar de pertenecer a un mismo sujeto; y cuya existencia es independiente de otro similar, con lo cual, la gestión administrativa que se realice en cada una de esas fracciones, no compromete los bienes de la otra, a menos que, como resultado o efecto de dicha gestión, se haya beneficiado alguna de las demás partes o fracciones del restante patrimonio, en cuyo caso la parte o fracción beneficiada se obligará -responderá- sólo hasta concurrencia del provecho (Arts. 254 y 1.750 inc. 2 del C.C.).

Finalmente, en lo que respecta a las posibles relaciones entre los varios patrimonios de una misma persona, Biondi[228] estima que no son posibles aquellas

226 Espín, op. cit., pág. 213.
227 Stitchkin, op. cit., pág. 41.
228 Biondo Biondi: "LOS BIENES" (Editorial Bosch, Barcelona, 1961), pág.184.

que necesariamente suponen sujetos distintos, pero debe advertirse que, si bien no puede afirmarse que un patrimonio fraccionado puede ser acreedor de su congénere o del patrimonio general u originario, debe señalarse que el sujeto titular puede rescatar para alguno de sus patrimonios separados los bienes que hayan ingresado a otro, siempre que no esté comprometido el interés de terceros.

117. Causas de los patrimonios fraccionados

Se ha señalado que el fraccionamiento del patrimonio se produce con ocasión de las siguientes causas: "unas veces esas masas patrimoniales no tienen más especialidad que la de recaer sobre ellas un derecho de administración que generalmente implica facultades más amplias que las normales de un simple administrador; otras es el destino especial de los bienes lo que las caracteriza; en ocasiones la prelación en cuanto al pago de determinadas deudas; y por último, en su caso, el de la herencia aceptada con beneficio de inventario, la neta separación de responsabilidades y la eliminación de toda idea de confusión"[229].

a) El primer caso de división patrimonial se presenta, entonces, con ocasión de que ciertas personas ven dividido su patrimonio en dos o más fracciones ya que la gestión que se realice en una de ellas es entregada a su propia administración en circunstancias que otra fracción es entregada a la administración de un tercero. Y por consiguiente, las gestiones que se verifiquen en las distintas fracciones no comprometen a las otras, pues no parece lícito obligar los bienes de aquella parte o fracción del patrimonio cuya gestión ha sido confiada en derecho a un tercero.

Existe una división en el caso de la mujer casada no divorciada a perpetuidad ni separada totalmente de bienes donde es posible distinguir: el patrimonio propio de la mujer, que administra el marido; el patrimonio formado por los bienes comprendidos en los artículos 166 y 167, y el patrimonio reservado de la mujer casada.

Se presenta de la misma manera este tipo de división patrimonial en el caso del hijo de familia, cuyo patrimonio único se puede ver fraccionado en dos partes: peculio general que administra el padre y peculio profesional o industrial que administra el menor no emancipado.

b) El segundo caso de división patrimonial se produce con motivo del destino especial de los bienes. Lo que caracteriza esencialmente a estos patrimonios fraccionados de afectación es que son "complejos económicos y jurídicos que existen insertos en el patrimonio general de una persona y en los cuales se agrupan y coordinan factores humanos y materiales de la actividad económica" [230].

En nuestra legislación se conoce un caso que reúne las características

---

229 Pérez González y Alguer, citado por Clemente Diego, op. cit., pág. 287.

230 Pinto Humberto: "CURSO BÁSICO DE DERECHO CIVIL", II (Editorial Andrés Bello, 1972), pág.75. Hemos querido utilizar parte de la definición que este autor da de empresas por considerarlo útil a nuestro punto de vista.

señaladas: es el caso del patrimonio del naviero formado por su fortuna de mar que se extiende a la nave y a sus fletes (art. 879 del Código de Comercio).

En doctrina, aparece también, como una forma de patrimonio de afectación, la empresa individual de responsabilidad limitada y la sociedad que la doctrina denomina unipersonal.

c) El tercer caso de patrimonios fraccionados se nos presenta con motivo de la necesidad de establecer una prelación en el pago de determinadas deudas. Es el caso del deudor que ha sido declarado en quiebra.

En el caso del deudor fallido se distinguen claramente dos patrimonios: el uno, integrado por los bienes que forman el llamado patrimonio concursal, con el cual responderá al pago de las obligaciones contraídas antes de la declaratoria de quiebra, patrimonio que administra el Síndico; y el otro, formado por los bienes que el fallido conserva y adquiere para dicho patrimonio.

Sin embargo, como la razón de la división patrimonial es la existencia de algunas deudas cuyo pago es necesario ordenar bajo el principio de la "par condictio creditorum", la división sólo subsistirá mientras se verifica dicho procedimiento. Una vez concluido, el deudor fallido, ya rehabilitado, volverá a la unidad patrimonial en sus bienes y obligaciones.

d) La última causa de división patrimonial se produce con motivo de la aceptación de una herencia con beneficio de inventario, pues con ello se obtiene una clara autonomía entre la fracción patrimonial formada por el patrimonio hereditario aceptado con beneficio de inventario y el patrimonio personal del heredero beneficiario (arts. 1.259 y 1.610 N° 4 del Código Civil).

Sin embargo, puede señalarse que, en todo caso, es una situación eminentemente transitoria pues está destinada a desaparecer al pagarse las deudas o consumirse los bienes de la herencia (arts. 1.262 y 1.263 del Código Civil).

118. Composición de los patrimonios fraccionados

Los patrimonios fraccionados suscitan el problema de determinar la composición de sus respectivos activos y pasivos. Si una persona fuera titular de un patrimonio único, todas las obligaciones que contrajese y los bienes que adquiriese ingresarían a formar parte del activo y del pasivo del patrimonio único cuya titularidad ostenta. Pero, en los casos analizados, existen varios patrimonios o fracciones de uno solo, de donde surge la necesidad de sentar normas que regulen el destino de los bienes adquiridos y de las deudas contraídas por su titular.

Enneccerus, Kipp y Wolff han señalado que el determinar la composición de estos patrimonios es una materia de decisión de la ley[231]. Y es lógico que así ocurra porque el determinar la vinculación de ciertos bienes a ciertas obligaciones

---

231 Enneccerus, Kipp y Wolff, op. cit., I, págs. 617-618.

es materia de orden público que compromete e involucra los intereses de los terceros presentes y futuros, actuales y potenciales, esto es, de la sociedad toda, de tal suerte que no puede quedar entregada al arbitrio de los particulares.

En ausencia de una decisión legislativa[232], se ha señalado "que los bienes adquiridos con el producto de otros pertenecientes al patrimonio separado ingresan a éste, por efecto de la subrogación real; y también ingresan a él los frutos y productos no consumidos de los bienes que lo componen".

Otros estiman que la teoría de la subrogación real "no tiene razón de ser fuera de conservar la estabilidad y permanencia de los derechos resultantes de este régimen. Es necesario, entonces, que el reemplazo que haya tenido el valor del bien nuevo sea compatible, a la vez, con la estabilidad buscada y el estatuto jurídico considerado"[233].

Bustamante ha señalado que "la subrogación real de acuerdo con sus presupuestos presenta utilidad en un sentido diverso, en la teoría de los patrimonios separados o derivados, y puede decirse que ese es su campo propio"[234].

Sin embargo, creemos que los principios a que aluden los autores citados pueden, en ciertos casos, resultar insuficientes para explicar la composición de los patrimonios fraccionados.

Por de pronto, la teoría de la subrogación real cuenta con el serio inconveniente de no poder explicar el motivo del ingreso al patrimonio fraccionado de un bien que no ha subrogado a otro preexistente. Y no se puede sostener, con razones sólidas, que los patrimonios fraccionados no pueden adquirir bienes a título gratuito cuando la ley no se los haya permitido expresamente. No se podría afirmar -por ejemplo- que el premio obtenido por una mujer en sus actividades científicas, ingresa, porque es a título gratuito, a su patrimonio general u originario, y no a su peculio reservado.

Creemos que para comprender toda la variedad de posibilidades que se pueden presentar, es necesario atender a las causas que originaron el respectivo patrimonio fraccionado. Y son los bienes que se hallan comprendidos, en presente o futuro, en dichas causas o en el destino o fines del patrimonio reservado, los que pertenecerán a éste.

Finalmente, el pasivo de los patrimonios fraccionados comprenderá todas las obligaciones contraídas en la gestión que se haga de ellos; las cargas que pesen sobre los bienes que se adquieren; y la contribución por el provecho que le hayan reportado los actos o contratos celebrados en la administración de las otras fracciones, a menos que la ley haya alterado el régimen de vinculación antes aludido por aplicación del principio de la indivisibilidad de la responsabilidad, de modo tal que las obligaciones del titular puedan hacerse efectivas sobre su

---

232 Borda: "TRATADO DE DERECHO CIVIL ARGENTINO", I (Editorial Depalma, Buenos Aires, 1959), págs. 14 y 15.

233 Bustamante, op. cit., 65, cita en este sentido a Marty y Raymond.

234 Bustamante, op. cit., pág. 65.

patrimonio fraccionado y, a la inversa, las contraídas en la gestión de éste puedan perseguirse sobre la totalidad de sus bienes. La decisión de este punto queda entregada a la disposición de ley.

V. EL DOMICILIO

119. CONCEPTOS GENERALES

El domicilio "es el lugar donde la ley sitúa a una persona para la generalidad de sus relaciones de derecho"[235]. Es, en pocas palabras, la sede legal de una persona o el asiento jurídico de la misma.

Atendidas las múltiples necesidades de la vida diaria, la ley debe "concentrar en un lugar determinado el conjunto de las relaciones jurídicas de cada persona, de modo que los órganos del estado y los demás individuos puedan fácilmente situarla cada vez que les sea necesario"[236].

De esta manera, la ley toma en cuenta el domicilio de una persona para una multiplicidad de efectos y necesidades prácticas que se satisfacen por su intermedio. Entre estos efectos merecen citarse los siguientes:

a) El domicilio del demandado determina la competencia de los tribunales;

b) La sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre (art. 955 inc. 2 C.C.);

c) La apertura y publicación del testamento se hacen ante el juez del último domicilio del testador; y

d) El domicilio puede determinar el lugar donde debe hacerse el pago de las obligaciones (art. 1.588 inc. 2).

120. CLASIFICACIÓN DEL DOMICILIO

Atendiendo a la forma cómo se determina el domicilio de una persona, éste se clasifica en domicilio legal, domicilio real y domicilio convencional.

A) Domicilio legal

Se entiende por domicilio legal aquel fijado por la ley a ciertas personas que se encuentran en determinados supuestos, aunque ellas, de hecho, no tengan allí el principal asiento de su residencia. Se trata de un domicilio necesario y forzoso y, por consiguiente, independiente de la residencia efectiva de la persona o de la

---

235 Orgaz, op. cit., pág. 65.

236 Ibid.

voluntad de permanecer en ella que le anime. En realidad, las personas que se encuentran en los supuestos de la norma y mientras permanezcan dentro de dichos supuestos, siempre tendrán su domicilio en el lugar designado por la ley.

B) Domicilio real

El domicilio real es aquel que se determina por la residencia de la persona en un lugar determinado del territorio de la república, acompañada real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella. En otras palabras, el domicilio real de una persona está en el lugar donde ella efectivamente vive y tiene el asiento de sus negocios.

C) Domicilio convencional

Es aquel designado por los particulares en sus actos jurídicos y donde, según su voluntad, deben producirse los efectos propios de la respectiva relación jurídica. "En realidad, no se trata de un "domicilio" sino de una simple derogación parcial de los efectos normales del domicilio ordinario"[237]. En efecto, la convención tiene por objeto que, para el caso del contrato respectivo, el domicilio de una o de ambas partes se encontrará ubicado en un lugar distinto a aquel que resultaría si se aplicasen las normas legales.

121. DETERMINACIÓN DE DOMICILIO POR LEY, DOMICILIO LEGAL

Como se ha dicho, en cierta ocasión, la ley fija o determina de antemano el domicilio de ciertas personas que se encuentran en determinados supuestos. Estas personas son las siguientes:

A) Aquellos sujetos a patria potestad o a tutela o curaduría

El que vive bajo patria potestad sigue el domicilio paterno o materno según el caso, y el que se halla bajo tutela o curaduría, el de su tutor o curador (art. 72 C.C.).

En efecto, los que están sujetos a patria potestad o tutela o curatela son incapaces, siendo sus representantes legales el padre, la madre o el tutor o curador según los varios casos. Y, debiendo los actos o contratos y, en general, las relaciones jurídicas ser ejecutadas o asumidas por los representantes, es lógico que el domicilio de las personas en análisis sea el de dichos representantes legales.

---

237 Ibid., pág. 257.

B) Criados y dependientes

El artículo 73 del Código Civil establece que el domicilio de una persona será también el de sus criados y dependientes que residan en la misma casa que ella, sin perjuicio de lo dispuesto en los dos artículos precedentes.

El único comentario que merece la disposición citada es que, si el criado o dependiente se encuentra sujeto a patria potestad o tutela o curatela, sigue el domicilio de su padre o madre y el de su tutor o curador, respectivamente, no obstante ser criado y dependiente. Todo ello porque la parte final del artículo 73, recién transcrito, señala: "sin perjuicio de lo dispuesto en los dos artículos precedentes". Luego, estos últimos prefieren en aplicación al que acabamos de analizar.

122. DOMICILIO REAL

No hallándose las personas en una de las situaciones especiales antes analizadas, su domicilio se determina por la residencia de ellas en una parte específica del territorio de la república, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en dicho lugar (arts. 59 y 60 C.C.).

Dos son los elementos que determinan el domicilio de una persona:

a) La residencia en una parte específica del territorio de la república; y

b) El ánimo, real o presuntivo de permanecer en tal parte o lugar.

La residencia importa una mera relación del facto entre una persona y un lugar determinado y consiste, simplemente, en el hecho de estar de asiento en dicho lugar.

El ánimo de permanecer en un lugar determinado consiste en la intención de no cambiarlo o de no adoptar otro. Pero debe tratarse de una intención objetiva y expresada en hechos, no en meros deseos afectivos o emocionales. Por estos motivos, el ánimo es real cuando obedece a intenciones que se expresan o traducen en circunstancias objetivas.

El ánimo es presuntivo cuando es necesario deducirlo de ciertos hechos conocidos o realidades concretas, en atención a que el ánimo del individuo no puede ser conocido o no cabe tomarlo en cuenta.

Estas realidades "concretas" de donde se deduce o presume el ánimo de una persona de permanecer en el lugar donde reside son, para nuestro Código Civil, las siguientes:

1° Lugar donde se ejerce habitualmente una profesión u oficio (art. 64);

2° El lugar donde se encuentra la familia (art. 65 inc. 1).

En consecuencia, el legislador presume el ánimo de una persona de

permanecer en el lugar donde ejerce habitualmente su profesión o donde tiene a su familia.

En razón de las consideraciones precedentes, el artículo 62 del Código Civil establece que es el lugar donde un individuo tiene su asiento o donde ejerce habitualmente su profesión aquel que determina de pleno derecho la residencia y el ánimo de permanecer en ella, esto es, su domicilio civil o vecindad.

Por consiguiente, si se prueba que un individuo está de asiento o ejerce habitualmente su profesión en un lugar determinado, debe concluirse necesariamente que ése es su domicilio civil o vecindad a menos de probarse que se encuentra en el lugar y ejerce el empleo transitoria o accidentalmente.

Sin embargo, de los dos elementos que determinan el domicilio, el más importante es el ánimo o intención de permanecer en un lugar determinado, pues, de acuerdo con los términos del artículo 65 del Código Civil, "el domicilio civil no se muda por el hecho de residir el individuo largo tiempo en otra parte, voluntaria o forzadamente, conservando su familia y el asiento principal de sus negocios en el domicilio anterior".

En otras palabras, el domicilio no se pierde por el hecho de faltar la residencia si se conserva el ánimo.

Pero para que este ánimo de permanecer haga perdurar el domicilio civil, es menester que se deduzca de las dos realidades concretas y objetivas de las cuales el Código Civil presume dicho ánimo, esto es, del hecho de conservar la familia y el asiento principal de los negocios en el lugar del domicilio anterior.

En consecuencia, el ánimo o intención no conservará el domicilio anterior si el individuo se traslada a otro lugar y abre en él "tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela u otro establecimiento durable, para administrarlo en persona; o por el hecho de aceptar en dicho lugar un cargo consejil, o por un empleo fijo de los que regularmente se confieren por largo tiempo; y por otras circunstancias análogas".

En tales casos, y por el contrario, se presume el ánimo de permanecer y de avecindarse en tales nuevos lugares (art. 64 C.C.).

Como se podrá comprender, de la aplicación de los artículos citados y analizados, especialmente del artículo 62, es perfectamente posible que una misma persona tenga o pueda tener varios domicilios por el hecho de concurrir en varias secciones territoriales y respecto de esa misma persona, circunstancias que determinan el domicilio civil: una persona puede tener indistintamente negocios en Santiago y Valparaíso, por ejemplo.

En tales casos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67 del Código Civil, se entenderá que el individuo tiene su domicilio en todos esos lugares; pero si se trata de cosas que dicen relación especial con uno de dichos domicilios exclusivamente, ese sólo será para tales casos el domicilio civil del individuo.

Cuando no se pudiere determinar el domicilio de una persona porque no es conocido el asiento principal de sus negocios o no tiene residencia fija, el artículo 68 del Código Civil establece que hará las veces de domicilio la mera residencia, esto es, el lugar donde la persona se encuentra.

123. DOMICILIO CONVENCIONAL

El artículo 69 del Código Civil prescribe que se podrá establecer de común acuerdo un domicilio civil especial para los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar el mismo contrato.

Los efectos de la fijación de domicilio por vía convencional son los siguientes:

a) Da competencia al Tribunal del lugar indicado para juzgar los conflictos que puedan nacer entre las partes. Por consiguiente, dispensa al demandante de perseguir a su adversario ante el tribunal del domicilio de este último. Esta es la mayor ventaja de la elección de domicilio.

b) La elección de domicilio no vale más que para el acto con miras al cual se ha hecho; y perdura mientras subsistan las obligaciones engendradas por dicho acto. La muerte del deudor no lo hace desaparecer. Los herederos del deudor están obligados a respetarla, porque constituye parte integrante de la convención concluida por su predecesor.

PERSONAS JURÍDICAS

CAPÍTULO V

CONCEPTO Y ALCANCE DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

124. CONCEPTOS GENERALES

La extensión de la personalidad jurídica y sus limitaciones es un tema que ha ocupado siempre un lugar preponderante en la ciencia del derecho. En el antiguo Derecho Romano, por ejemplo, se dudaba de que pudiera aplicarse la posesión a las personas jurídicas; porque el carácter de hecho de aquélla parecía poco compatible con la naturaleza general ficticia de éstas, idea que cambió en tiempos de los jurisconsultos clásicos, quienes consideraron que las ciudades y todas las personas jurídicas podían adquirir la posesión, ya fuera por sus esclavos, ya por medio de representantes libres[238].

Savigny[239] ha escrito, por una parte, que la persona jurídica no está afecta sino al derecho de los bienes y que, por lo tanto, las relaciones de familia quedan excluidas a su respecto. Y así lo ha sostenido porque, para él, todas las relaciones de familia proceden originariamente del hombre natural. Ha escrito, también, y por otra parte, que las personas jurídicas no existen como tales sino para el cumplimiento de un fin jurídico.

De las palabras de Savigny se desprende que la institución misma de la personalidad jurídica ha sido creada por el legislador para el establecimiento de ciertos fines y que, por consiguiente, son dichos fines los límites dentro de los cuales no puede ser desconocida la personalidad jurídica o, lo que es lo mismo, son esos fines los que determinan el alcance y la extensión de la personalidad jurídica[240].

---

238 Savigny, op. cit., pág. 94, párrafo XCI.

239 Savigny, op. cit., págs. 60 y 61.

240 En este mismo sentido, Rolf Serick: "APARIENCIA Y REALIDAD DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES" (Editorial Ariel, Barcelona, 1958), p.52; Heinrich Lehmann: "TRATADO DE DERECHO CIVIL" (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid), 1956, págs. 447 y 448.

Idénticas consideraciones han sido formuladas por la jurisprudencia de nuestros tribunales. Se ha sostenido, por ejemplo, que "la distinción entre la sociedad y los socios individualmente considerados responde al concepto de que el patrimonio social no pertenece en condominio a los asociados sino a la sociedad como ser ficticio capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, por lo que dicha distinción está fuera de lugar en materias que ninguna relación tiene con su razón de ser"[241-242].

Sin embargo, la idea de que el campo de aplicación de la personalidad jurídica se encuentra limitado por la finalidad y razón de ser de la institución, debe necesariamente ser precisada. Desde luego cabe advertir, como lo ha hecho Jhering[243], que las instituciones jurídicas han sido desde siempre modeladas por la práctica, de tal forma que en muchos casos o se ha templado alguno de sus efectos demasiado absolutos o se han extendido dichos efectos a campos no previstos por la voluntad del legislador, sin traspasar por ello la barrera de la licitud.

En consecuencia, no son exclusivamente los fines que tuvo en vista el legislador al momento de crear la institución de la personalidad jurídica los determinantes para limitar su campo de aplicación. La extensión de la personalidad jurídica y, en general, la de toda institución del derecho, no queda circunscrita por los fines que el legislador previó en un determinado momento sino que encuentra su limitación natural en aquellos fines que el orden jurídico rechaza como ilícitos. En otras palabras, la institución de la personalidad jurídica o la combinación de ésta con otras figuras del derecho, puede que se utilice para fines distintos a los previstos por el legislador; pero con tal que ellos no sean ilícitos, no se puede desconocer la personalidad del ente colectivo, pues no se ha utilizado para fines que el derecho rechaza[244].

Analicemos, entonces, con mayor detención qué es lo que se debe entender por finalidad o razón de ser de la personalidad jurídica; lo que, en ciertos casos, como veremos, puede motivar una inquietante inseguridad jurídica en torno al concepto y al alcance de la personalidad de los entes morales.

---

241 Corte de Santiago, 15 de diciembre de 1937, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 36, sección 2, pág. 57.

242 El mismo pensamiento se encuentra en una sentencia que aparece en la obra de Rolf Serick, op. cit., pág. 52, nota 26, dictada en "First National Bank of Chicago", etal. V.F.C. Trebein Co. etal, 52, H.E. 834, 59, Ohio, ST. 316: "En sentido legal, una "corporation" es una entidad jurídica, una persona ideal, separada de las personas reales que la componen. Sin embargo, esta ficción queda limitada a los usos y fines para la que fue adoptada, conveniencia en el desarrollo de los negocios y en demandar y ser demandado en su nombre corporativo, y en la persistencia de sus derechos y responsabilidades, que no se vean afectadas por los cambios que experimente en sus miembros".

243 Para Jhering, "los actos aparentes eran uno de los numerosos expedientes a los cuales los jurisconsultos romanos recurrían para satisfacer las necesidades que surgían de la vida diaria". Jhering: "EL ESPÍRITU DEL DERECHO ROMANO", IV (Casa Editorial Bailly-Barilliere), Madrid, Quinta Edición, p.314.

244 Serick, op. cit., pág. 246, sostiene que hay que descartar la forma de la persona jurídica cuando se utiliza para fines que el derecho rechaza.

125. ES UN ERROR CREER QUE LA FINALIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS CONSISTE EN UNA MERA SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS

La razón de ser de la personalidad jurídica trasciende la idea de que su objetivo es lograr una simple separación de patrimonios entre la sociedad y los socios individualmente considerados, con miras a evitar que estos últimos respondan de sus deudas personales con los bienes aportados para formar el capital social, idea que ha solido inspirar votos disidentes en los tribunales colegiados de nuestro país[245]. Tal suposición es errónea y debe ser rechazada, no sólo porque reduce la atribución de personalidad a un campo poco menos que similar a ciertos patrimonios fraccionados de afectación, sino porque, además, y muy especialmente, provoca una peligrosa inestabilidad en casi todos los derechos de la personalidad que asisten, por igual, a personas naturales y jurídicas.

Ciertamente la separación de patrimonios o la "autonomía patrimonial" puede resultar una de las consecuencias de la atribución de personalidad jurídica, considerando que el legislador se atiene, en la mayoría de los casos, a la personalidad para vincular ciertos bienes al pago de ciertas obligaciones, pero no es la única ni tampoco es aquella indispensable para que se pueda sostener que un ente goza de tal beneficio. Basta para ello traer a colación el ejemplo de una sociedad colectiva en la cual, pese a ser persona jurídica, los socios responden conjunta o solidariamente de las deudas sociales y donde la quiebra de la primera trae como consecuencia la de los socios individualmente considerados (art. 2.094 Código Civil, 370 del Código de Comercio y art. 46 de la Ley de Quiebras)[246].

La capacidad de la persona jurídica no está restringida sólo al campo patrimonial. La medida de esta capacidad está determinada básicamente por una "parificación entre personas físicas y jurídicas, esto es, la ley da por principio a los entes morales una capacidad correspondiente a la de los individuos"[247-248].

Por otra parte, "se engañan quienes creen que la actividad de las personas

245 Voto disidente de los ministros señores Burgos y Rondanelli y del abogado integrante señor Álamos. Corte Suprema (8 de julio de 1946. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 44, Sección 1ª, pág. 5.

246 La autonomía patrimonial no es un efecto de la personalidad aun cuando el patrimonio sea considerado como un atributo de la misma. El patrimonio es una operación conceptual que designa solamente un conjunto de bienes vinculados al pago de un conjunto de obligaciones. Pero no necesariamente todos los bienes de una persona habrán de estar vinculados —habrán de garantizar— el pago de todas sus obligaciones (art. 150 Código Civil) como tampoco necesariamente los bienes de una persona jamás habrán de estar vinculados al pago de obligaciones contraídas por otra persona distinta, sociedad colectiva civil, por ejemplo, en la cual, según el art. 2904 del Código Civil, si la sociedad queda obligada respecto de terceros, la deuda se divide entre los socios a prorrata de sus participaciones.

247 Ferrara Francisco, op. cit., "Teoría de la persona Jurídica", pág. 781; Serick Rolf, op. cit., pág. 251, quien estima "que las normas que se fundan en cualidades y capacidades humanas o que consideran valores humanos, también deben aplicarse a las personas jurídicas cuando la norma corresponde a esta clase de persona".

248 Enneccerus, Kipp y Wolff, "TRATADO DE DERECHO CIVIL", I, Vol. I, op. cit., pág. 448,

jurídicas se agota en la actividad patrimonial, porque hay otras relaciones de naturaleza personal, como los derechos de la personalidad que, sin obstáculos, pueden competir a los entes ideales, y esto prescindiendo de las prerrogativas de derecho público. Y viceversa, hay otras relaciones propias de los entes colectivos que no encuentran aplicación respecto de los particulares como los que se refieren a la estructura corporativa"[249].

De modo que no puede sostenerse con seriedad que el fin de la personalidad jurídica sea lograr una simple separación de patrimonios entre la entidad y sus miembros.

126. ES UN ERROR CREER QUE LA PERSONALIDAD JURÍDICA SE APLICA SÓLO AL DERECHO PRIVADO

Es un error creer que la personalidad jurídica sólo puede encontrar sentido en el derecho privado y que por consiguiente, encuentra aplicación exclusivamente en el ámbito de éste sin que pueda extenderse a materias regladas por una ley que forma parte del derecho público.

Esta falsa creencia proviene del error introducido por la teoría de la ficción, que considera a la persona jurídica como un ente imaginario o ficticio, carente de contenido real o sustrato propio. Puesto que en realidad la persona moral no existe, no hay razón -se dice- que autorice extenderla, por ejemplo, a materias tributarias[250].

Tal suposición, empero, es hoy día rechazada por casi toda la doctrina y en el hecho, aunque no en la forma, las legislaciones comparadas, incluso la nacional, han roto con ella. Las personas jurídicas son poderosas organizaciones que albergan o resumen un conjunto de bienes y de hombres para la consecución de un fin lícito y cuyo propósito de ser consideradas y tratadas como "personas independientes" ha sido sancionado expresamente por el orden jurídico.

---

sostienen que las personas jurídicas están equiparadas a las naturales en el orden patrimonial. Sin embargo, agregan que le son accesibles todos los derechos personales que no presupongan individualidad humana, criterio que compartimos plenamente; en idéntico sentido se inclina Heinrich Lehmann, op. cit., pág. 636.

249 Ferrara Francisco, op. cit., "Teoría de la Persona Jurídica", pág. 781.

250 La trascendencia práctica de la sentencia de la Corte de Apelaciones mencionada en la cita anterior "consistía en determinar si el mayor valor obtenido en el precio de venta de un inmueble perteneciente a la sociedad y que se distribuye entre los socios, constituirá para éstos aumento de capital o renta sujeta a los impuestos de tercera categoría y global complementario". La Corte de Santiago, negando en el campo tributario la diversidad de la persona jurídica y la de los socios individualmente considerados, concluía que el sobreprecio señalado era aumento de capital, tanto para la sociedad como para los socios; en cuanto a éstos sería aumento de sus respectivos aportes de capital. La Corte Suprema mantenía la diversidad jurídica entre entidad y miembros, y sostenía, en consecuencia, que el sobreprecio era aumento de capital para la sociedad, porque así la ley lo establecía; pero que era renta para los socios por así desprenderse de la interpretación de la legislación y jurisprudencia del Código Civil.

Esta interpretación ha sido sustentada por la Corte Suprema[251] que ha estimado que "el Código Civil representa una legislación general que debe considerarse como supletoria de las demás leyes cuando éstas no contienen disposiciones especiales sobre una determinada materia". En otras palabras, en tanto la ley no disponga que, para algún efecto en especial, la personalidad jurídica o la separación entre entidad y miembros debe ser desestimada, se debe aplicar en toda su verdadera magnitud y para todas las ramas del derecho[252].

127. ES UN ERROR CREER QUE LA PERSONALIDAD SÓLO SE CONCEDE PARA LA CONSECUCIÓN DEL FIN. TEORÍA DE LA ESPECIALIDAD

La teoría de la especialidad, nacida en el derecho inglés bajo el nombre de "Teoría Ultra Vires" responde al principio general de que una persona jurídica puede obrar en todo cuanto sea necesario para la consecución de su fin. Las facultades de que goza no se extienden más allá de las consignadas expresamente en el acta de incorporación. Todo lo que escapa de este ámbito de vida de la persona jurídica es nulo.

La teoría ultra vires, aplicada por la jurisprudencia y seguida por la doctrina francesa[253], bajo el nombre de teoría de la especialidad nació, como advierte Ferrara[254], más que como una consecuencia de la teoría de la ficción, "por la influencia de motivos políticos, porque fue creada y empleada como arma de lucha contra la expansión de los entes eclesiásticos".

Ahora bien, la teoría ultra vires priva de todo efecto al acto jurídico ejecutado o celebrado excediendo o contraviniendo los fines de la entidad en razón de que, más allá de tales fines, carece de capacidad jurídica o de personalidad.

Hay otros[255] que estiman que el acto jurídico celebrado en las circunstancias expresadas adolecería de causa ilícita, porque le animaba a la persona jurídica un motivo ilícito, consistente en violentar sus propios estatutos.

---

251 Corte Suprema, 23 de junio de 1951, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 48, sección 1, pág. 206.

252 Conformes Ferrara, Personas Jurídicas, op. cit., pág.783; Ricci, "PERSONE FISICHE E PERSONE GUIDIRICHI". Enneccerus, Kipp y Wolff, op. cit., Tomo I, Vol. I, pág. 447, Nota 1, expresan que: "la capacidad de las personas jurídicas se refiere a todo el derecho privado, pero sobre los derechos y deberes públicos de las personas jurídicas, por ejemplo, sobre los deberes fiscales, etc., se trata en el derecho público".

253 Así piensan Baudry-Lacantiniere y Colín diciendo: "las personas morales tienen cada una, una misión exclusiva, determinada. Al establecer las condiciones de su existencia, la ley que las crea fija su función social al mismo tiempo que precisa y regula su capacidad" (Ferrara, op. cit., pág. 779).

254 Ferrara, "PERSONAS JURÍDICAS", op. cit., pág. 779.

255 Michoud, "PERSONAS MORALES", pág. 150; Béquie, "THEORIE GENERALE DE LA SPECIALITE DE PERSONNES MORALES", Grenoble, 1908, págs. 90 y 111, ambos citados por Ferrara "TEORÍA DE LA PERSONA JURÍDICA", op. cit., pág. 808.

Pero como advierte Ferrara[256] no se puede hablar de ilicitud del acto en sentido técnico, porque ésta resulta de la contradicción con la ley, la moral o el orden público; y en el caso descrito tendremos, a lo sumo, una violación del estatuto, pero no de una norma legal, circunstancia por la cual debe rechazarse semejante interpretación.

En todo caso, cualesquiera que sean los mayores o menores fundamentos de la teoría de la especialidad, el hecho es que nuestro ordenamiento jurídico no la contempla[257]. Entre nosotros no se atribuye a las personas jurídicas una capacidad funcional, en razón o en función del fin específico.

La persona jurídica tiene, al igual que la persona natural, una capacidad jurídica general; solución que "seguramente ha sido acogida por la dificultad práctica de determinar los límites de una capacidad funcional, dada la utilidad instrumental que ciertas relaciones, incluso extrañas al fin, tienen para la consecución del fin mismo"[258].

Se concluye de esta manera porque, constituyendo un principio general de nuestra legislación que todas las personas (tanto jurídicas como naturales) gozan de capacidad jurídica, es necesario, para hacer excepción al principio, que exista una ley general o especial que pueda ser interpretada en el sentido de que la personalidad de los entes colectivos se extiende sólo para los actos relativos a la consecución de su propia finalidad; disposición que, entendemos, no existe.

Para nuestro ordenamiento jurídico el fin es el motor interno que encauza y, por tanto, limita la actividad de las personas jurídicas; pero, de ninguna manera, es la medida de su personalidad. Una cosa es la actividad de las personas jurídicas y otra muy distinta es su capacidad de goce. La extensión de la actividad de una persona jurídica a un fin no previsto en sus estatutos podrá justificar una medida administrativa interna o externa, pero nada más. Será interna cuando el órgano de la persona jurídica que se desvió del fin estatutario sea sancionado por la junta de accionistas en el caso de una sociedad anónima, o por alguno de sus socios en el caso de una sociedad de personas, o por la asamblea de socios en el caso de una corporación. Será externa cuando para el caso de esta última y de las fundaciones, el Presidente de la República disponga la cancelación de su personalidad jurídica por no corresponder al objeto de su institución (art. 559, inc. 2° Código Civil).

---

256 Ferrara, "TEORÍA DE LA PERSONA JURÍDICA", op. cit., pág. 808.

257 Conformes Vodanovic Antonio, op. cit., Vol. I, segunda parte, pág. 391; Sergio Baeza Pinto: "SOCIEDADES MERCANTILES DE PERSONAS" (Editorial Jurídica de Chile, 1977), pág. 30. En contra Palma Rogers: "DERECHO COMERCIAL" (Editorial Nascimento, 1941), p. 99; David Stitchkin: "DERECHO CIVIL APUNTES DE SUS CLASES". II parte General, 1960, pág.121, quien expresa: "En consecuencia, debemos considerar que podrá adquirir derechos y contraer obligaciones en la medida que los precisa para el cumplimiento de su objetivo. Su capacidad, desde luego, resulta más restringida que la de las personas naturales precisamente, por la existencia del fin colectivo que tienen estas personas morales".

258 Santtoro Passarelli, "DOCTRINAS GENERALES DE DERECHO CIVIL" (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964), pág. 29.

128. ELEMENTOS ESENCIALES DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. EL PRINCIPIO DE LA RADICAL SEPARACIÓN ENTRE LA ENTIDAD Y MIEMBROS.

La razón de ser de la personalidad jurídica puede basarse en diversas consideraciones de orden práctico y teórico. Pero cualesquiera que sean, y considerando con seguridad que pueden variar con el curso de los años, el hecho es que, en la actualidad, nuestro ordenamiento jurídico considera a ciertos entes colectivos como verdaderos sujetos de derecho y por ello los ha dotado de una capacidad general, nacida -como lo advierten Ferrara y otros-[259] de una parificación de la concedida al hombre de carne y hueso; pudiendo celebrar actos jurídicos en lugar de sus miembros; adquirir propiedades y otros derechos, demandar y ser demandados, sin que los afecte el cambio que pudiere sobrevenir en la composición de su sustrato.

La circunstancia de que el orden jurídico atribuya personalidad a un ente colectivo significa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos le son imputados o conferidos de manera colectiva; y no, como sucede habitualmente, de manera individual. La persona jurídica así formada se convierte, entonces, en un punto de imputación; en el sujeto distinto que soporta los deberes, las facultades y los derechos subjetivos que resultan de las normas jurídicas o más exactamente en el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por esas normas[260].

Pero, para que lo anterior se pueda realizar, es menester discurrir siempre sobre la base del principio de la radical separación entre la entidad y sus miembros individualmente considerados, esto es, sobre la base de que son personas distintas. Este principio, que es el punto de partida de toda la teoría de las personas jurídicas, se encuentra consignado en el inciso segundo del art. 2.053 del Código Civil que dice: "La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados". Se encuentra también contemplado en el art. 549 del mismo Código que expresa: "Lo que pertenece a una corporación no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los individuos que la componen; y recíprocamente, las deudas de una corporación no dan a nadie derecho para demandarlas, en todo o en parte, a ninguno de los individuos que componen la corporación ni dan acciones sobre los bienes propios de ellos, sino sobre los bienes de la corporación".

---

259 Además de Ferrara, ya citado, Serick, op. cit., pág. 252, que expresa: "El legislador ha creado la personalidad jurídica como un sujeto de derecho del mismo valor o equiparable al hombre, que puede entrar en relación con el mismo en un pie de igualdad y sobre la base del ordenamiento jurídico", Santtoro Passarelli, op. cit., pág.29; "La persona jurídica tiene también, al igual que la persona física, una capacidad jurídica general"; Enneccerus, Kipp y Wolff, op. cit., Tomo I, vol. I, pág. 437, cita 1.b. "Se deben aplicar a estas organizaciones todas las reglas que valen para los sujetos de derecho, pero no quiere decir que haya de representarse la organización como si fuera un hombre". Véase, además, la cita 268 que contiene la posición de Puig Brutau, Kelsen y Legaz y Lacambra.

260 Kelsen Hans, op. cit., págs. 126 y 128.

De lo dicho precedentemente se concluye entonces que la personalidad jurídica de los entes colectivos se compone de dos elementos que es necesario diferenciar y analizar detenidamente. Un primer elemento que consiste en la imputación al ente colectivo de actos, derechos y responsabilidades y un segundo elemento que consiste en la aplicación de las normas jurídicas con independencia del sustrato personal de las entidades morales.

a) Primer elemento: La imputación de actos, derechos y responsabilidades

Por una parte, ciertos hechos, intereses, derechos y responsabilidades de determinados individuos no aparecen como propios sino como de un tercero. Legaz y Lacambra 261 ha escrito que "la personalidad jurídica implica -además- y esto es esencial, que todo cuanto el hombre hace desde su situación jurídica ya como actuación de ésta, ya como abuso de la misma y, eventualmente, como negación de toda situación jurídica en general, le sea imputado como suyo por el derecho mediante la atribución de las oportunas consecuencias".

La imputación es entonces doblemente compleja: por una parte, se imputan al ente los derechos y los deberes de los miembros o integrantes; y por otra parte, se le imputan como propios los hechos queridos, deseados o cumplidos por un cierto número de individuos.

Aparece como necesario y justificado hacer una distinción entre la imputación de actos, hechos o intereses y la imputación de derechos, deberes y responsabilidades, porque la circunstancia de que un ente colectivo goce de capacidad jurídica no basta para que se entienda que un acto realizado por uno de sus miembros o por todos ellos juntos le va a ser imputado como suyo propio y no como emanado de éstos o de aquél[262].

Por consiguiente, cuando definimos a las personas jurídicas como aquellos entes capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones, estamos sólo diciendo que gozan de capacidad jurídica; pero no estamos haciendo una descripción completa del objeto definido, porque la personalidad no sólo está constituida por la capacidad de goce sino, también, por el hecho de que se atribuyen al ente como si fueren propios ciertos actos, hechos o intereses, o más bien, ciertas situaciones jurídicas de sus miembros o integrantes. Es, por lo demás, la distinción que el propio Savigny hacía cuando, a propósito de señalar los elementos esenciales de la institución, diferenciaba lo que era uno de sus elementos del otro que denominaba "poseer" (capacidad de goce). Al efecto, Savigny sostenía: "Todas las corporaciones artificiales tienen un carácter común: creadas a semejanza de las ciudades podrán como ellas poseer y hacerse representar, que es lo que constituye

261 Legaz y Lacambra, op. cit., p. 512.

262 El problema no consiste en ser o no partidarios de la teoría del órgano o de la representación. Aun partiendo de la base de las premisas de esta última posición, en realidad, las verdaderas poderdantes son los miembros o integrantes de la entidad; sin embargo, los efectos del acto jurídico no se radican en ellos, sino en la entidad misma.

en realidad la persona jurídica"[263]. Tales son, por lo demás, los mismos elementos que se desprenden de la definición contenida en el art. 545 del Código Civil. Muchas veces, cuando aplicamos el principio de la diversidad jurídica entre entidad y miembros no estamos ni con mucho rozando el tema de la capacidad de goce. Basta para ello hacer un breve análisis de la jurisprudencia de nuestros tribunales para darse cuenta del aserto. No se puede decir -por ejemplo- que cuando los tribunales han fallado que la sentencia dictada en contra de uno de los socios no produce cosa juzgada en relación con la sociedad hayan estado tratando el tema de la capacidad de goce[264].

b) Segundo Elemento: Aplicación de las normas jurídicas con independencia del sustrato personal de las entidades morales

Por otra parte, todas las disposiciones legales del orden jurídico se aplican a las personas morales, y se les aplican con absoluta prescindencia de lo que constituya su sustrato personal, exclusivamente sobre la base de los datos y características propias de la persona jurídica[265].

Por regla general, los supuestos de las normas jurídicas toman como base el hombre de carne y hueso, y no a su personalidad natural, que es un concepto elaborado por el derecho. Sin embargo, tales normas deben ser aplicadas a las personas jurídicas. Desde luego que esta regla, que se desprende más bien tácitamente de nuestro ordenamiento jurídico, no quiere decir que haya de imaginarse a la organización como si fuera un hombre, sino solamente que se trata de determinar si tales normas jurídicas, que fueron pensadas en relación con el ser humano, pueden resultar igualmente útiles a las personas morales.

Ahora bien, no sólo se trata de aplicar las normas jurídicas a las personas morales sino que, también, de aplicarlas recurriendo a los datos y características que proporciona su propia individualidad, sin que se tenga que recurrir a ninguna clase de conexión con las peculiaridades de sus miembros o integrantes, y ello porque la persona jurídica forma una entidad distinta de los miembros individualmente considerados, según lo instituye el Código Civil.

Por ejemplo, para determinar el domicilio de una persona jurídica o su misma nacionalidad, no necesariamente tendremos que asignarle a esta última el mismo domicilio o la misma nacionalidad de sus miembros o integrantes. Para resolver sobre el particular tendremos que basarnos en las características propias de la persona jurídica, sin hacerle extensivas aquéllas pertenecientes a los individuos que la integran.

263 Savigny, op. cit., pág. 74.

264 Corte Suprema, 9 de agosto de 1907, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 9, Sección I, pág. 540.

265 Conformes, Serick, op. cit., pág. 252 quien expresa: "De ello resulta que, en lo fundamental, todas las normas que rigen para las personas naturales se le aplican a las personas jurídicas". Enneccerus, Kipp y Wolff, op. cit., tomo I, vol. I, pág. 437, cita 1.b; el código civil suizo, en su art. 53, determina que las personas jurídicas son capaces de toda clase de derechos y de obligaciones que no tengan por supuesto indispensable las propiedades naturales del hombre.

Estos dos elementos son la significación práctica del tan mentado principio de la diversidad jurídica entre entidad y miembros o el de la radical separación entre la sociedad y sus socios.

129. ESFERA DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA RADICAL SEPARACIÓN ENTRE ENTIDAD Y MIEMBROS

Resulta evidente que las normas jurídicas se relacionan con conductas humanas. Es al hombre a quien el ordenamiento jurídico le impone deberes y responsabilidades, al hombre individual de carne y hueso y al hombre que se encuentra detrás del velo de una persona jurídica. Confieren estas normas un "derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de voluntad de un hombre y le imponen un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones"[266].

La personalidad es un concepto elaborado por la ciencia jurídica, un instrumento del cual se sirve para ordenar y describir su objeto[267].

Tanto la personalidad jurídica como la natural contienen, en el fondo, un mismo concepto; esto es, designan como unidad a un centro de imputación de actos, hechos, deberes, derechos subjetivos y de normas jurídicas[268].

Pero, mientras en las personas naturales la imputación no adquiere relevancia, porque el sustrato es el mismo hombre o individuo cuya conducta queda regulada por la norma jurídica y cuyos actos o hechos son en realidad de él mismo y sólo de él, en las personas jurídicas se aprecia bajo una mayor perspectiva porque, en realidad, la imputación pasa a ser ficticia, esto es abstracta, puesto que los actos, derechos y deberes que se le imputan representan en verdad la conducta de un grupo de hombres, que no son uno mismo con ella.

Por estas circunstancias, el problema de cuáles son los límites del principio de la radical separación entre entidad y miembros, se reduce en gran medida a determinar los límites de la imputación, esto es, cuáles derechos, deberes y actos de los hombres que la forman se le pueden imputar a la persona jurídica y cuáles no[269]. Es decir, cuáles derechos, deberes y actos de los miembros de la entidad

---

266 Hans Kelsen, op. cit., pág. 127.

267 Ibid.

268 La afirmación, sin embargo, ha sido controvertida por la doctrina. Por ejemplo: Puig Brutau ha señalado que la persona natural y la jurídica sólo de una manera muy artificiosa pueden ser equiparadas. Tratándose de la primera, la respuesta a la pregunta "¿Qué es una persona?" se contesta con referencia directa a una realidad extra-jurídica (moral, sicológica, antropológica, social), mientras que la misma pregunta en el segundo caso sólo permite llegar a la realidad extrajurídica a través de normas que regulan efectos muy diversos, contenidos en esta elipsis mental a que se refiere la expresión "persona jurídica" (op. cit., pág. 298). Sin embargo, afirmativamente se manifiestan Ferrara, "TEORÍA DE LA PERSONA JURÍDICA", op. cit., pág. 781; Kelsen, op. cit., pág. 198; Legaz y Lacambra, op. cit., pág. 511 y en general todos los partidarios de la teoría de la realidad técnica.

269 Legaz y Lacambra, op. cit., p. 513 ha escrito que "la personalidad jurídica se acaba donde termina la imputación por el derecho de los actos que materialmente realiza la persona humana...".

vamos a considerar como realmente de la entidad y cuáles vamos a seguir considerándolos como de los miembros mismos, no obstante serle imputados a la persona moral, o sea, no obstante la personalidad jurídica diferente que ostenta la entidad.

De la misma manera, en ocasiones se presentan grandes dificultades cuando se pretende aplicar las normas jurídicas a las personas morales; o, especialmente, cuando se pretende aplicarlas recurriendo solamente a las peculiaridades que ofrece su propia naturaleza y prescindiendo de aquellas que corresponden a los individuos que la integran.

Por ello el problema de cuáles son los límites del principio de la radical separación entre entidad y miembros consiste también en determinar si una norma jurídica puede ser aplicada a una persona moral y en tal caso, hasta dónde le puede ser aplicada prescindiendo de las peculiaridades de sus miembros; esto es, en qué circunstancias no es posible prescindir de dichas particularidades y si deben hacerse ellas extensivas a la persona jurídica misma, no obstante el principio de la radical separación entre la entidad y sus miembros.

El derecho pretende que el intérprete intente aplicar las disposiciones legales a las personas jurídicas considerándolas como organizaciones independientes; y le impone la obligación de realizar la imputación al ente colectivo de los deberes, derechos, facultades, responsabilidades, actos e intereses de los hombres que la integran, siempre que ella resultare procedente.

Esto hace que el intérprete deba interpretar las normas jurídicas para determinar si es o no posible tal aplicación o imputación o si siéndola no contradice el espíritu de la disposición claramente manifestado en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento. Para realizar esta interpretación, debe penetrar el velo de la persona jurídica y estudiar las reales situaciones económicas o jurídicas que se esconden tras ella. Y "sólo cuando la finalidad así comprobada del precepto de derecho no puede conciliarse con la finalidad de la persona jurídica en el sistema legal, ha de estimarse inaplicable la norma a las personas jurídicas"; o habrá de aplicárselas de una manera tal que no se prescinda de las peculiaridades de sus miembros[270].

El problema de la aplicación del principio de la radical separación entre entidad y miembros se transforma entonces en una pura cuestión de interpretación de la ley y en un examen sobre la finalidad que cumple la institución de la personalidad jurídica dentro del sistema legal.

Esta cuestión de interpretación de la ley implica la realización de dos operaciones que es conveniente enunciar y estudiar después por separado.

a) Por una parte, es preciso averiguar si una norma es susceptible de ser aplicada a una persona jurídica; y si tal aplicación debe hacerse prescindiendo de las peculiaridades de sus miembros o integrantes, todo ello a base de comparar la finalidad de la norma con la finalidad que persigue la institución[271];

---

270 Serick, op. cit., pág. 252.
271 Ibid., pág. 254.

b) Por otra parte, es preciso averiguar si los efectos de la personalidad jurídica pueden producir o pueden ser utilizados para producir un conflicto entre una norma de derecho y la forma de la persona jurídica, de tal manera que, con motivo de dicho conflicto, se obtenga un resultado práctico que contradiga el contenido o la finalidad de una ley, de un contrato o se cause un daño a los intereses de terceros.

En el primer caso se trata de determinar hasta qué punto sostener que es válida y posible la aplicación de una norma jurídica a un ente moral, prescindiendo de las características de los integrantes, desvirtúa el contenido de la norma o la finalidad de la institución de la personalidad jurídica, dado que la norma legal no considera en sus supuestos la posibilidad de tal aplicación.

Por ejemplo, resulta evidente que hay ciertos derechos o facultades cuyo goce o ejercicio sólo compete al hombre de carne y hueso; vgr. la posibilidad de testificar en juicio. Y así como no podemos concebir (y por tanto permitir) que una persona jurídica testifique en juicio, así también debemos entender que es una misma declaración testimonial aquella prestada en juicio por un individuo como persona natural y aquella prestada por el mismo individuo, pero atribuyéndose la calidad de órgano de una persona jurídica. Es decir, es la declaración de un testigo y no la de dos contestes en los hechos y en sus circunstancias esenciales. No sería concebible, en estos términos, que en un juicio depusiera como testigo un pariente consanguíneo de una de las partes, alejando, para eludir la tacha, que actúa, no como persona natural, sino que como órgano de una persona jurídica.

En el segundo caso, se trata de determinar si con motivo de la imputación de un acto, derecho u obligación a una persona jurídica o la aplicación lisa y llana a ésta de una disposición legal, puede producirse, con o sin intención de los agentes o personas involucradas, un resultado práctico que la ley prohíba o uno que vulnere las obligaciones contraídas por el agente o que perjudique los intereses de terceros; y, en tales casos, si debemos permitir que dichos resultados queden en la impunidad, precisamente, como consecuencia de la radical separación que existe entre la entidad y sus miembros, toda vez que los actos respectivos no aparecen realizados por los miembros de la entidad, o los derechos u obligaciones no aparecen radicados en ellos mismos, sino que en una persona distinta; o precisamente porque las normas jurídicas le son aplicadas al ente con absoluta prescindencia de las peculiaridades de sus miembros.

Por ejemplo, con el objeto de burlar la prohibición impuesta por el art. 1.798 del Código Civil, dos empleados públicos, que no pueden comprar los bienes públicos o particulares que se vendan por su ministerio, forman una sociedad y hacen que esta persona jurídica sea la adquirente o compradora.

Las dos operaciones descritas o ejemplificadas difieren sustancialmente entre sí: en el primer caso, es preciso averiguar si puede aplicarse una norma a la persona jurídica sobre la base de comparar la finalidad y el sentido de la disposición con la finalidad que debe cumplir la personalidad jurídica dentro del orden legal; en el segundo caso, existe una colisión de una norma jurídica con la estructura formal de la personalidad moral, basada en una radical separación entre la en-

tidad y sus miembros, y es menester decidir a cuál corresponde la preferencia [272]. En el primer caso, si se determina que la norma es inaplicable a las personas jurídicas será, necesariamente, porque ella ha pretendido regular a ultranza conductas humanas, por lo que, precisamente, se desvirtúa y se desnaturaliza si se le quiere aplicar a una entidad abstracta como son las personas morales. En el segundo caso, la norma, en sí misma, resulta plenamente aplicable a las personas jurídicas; sus supuestos consideran la posibilidad de tal aplicación y, por ello, no se desvirtúa ni se desnaturaliza. Sin embargo, en ciertas circunstancias especiales, con motivo de la combinación de esta norma con los efectos propios de la personalidad jurídica, a saber, la radical separación entre entidad y miembros, se obtiene por estos últimos o por algunos de ellos, un resultado práctico o una ventaja ilícita, la cual, por cierto, el derecho no puede permitir, de manera que autoriza para desestimar la forma de la persona jurídica.

En el primer caso, decimos que ha surgido un problema de aplicación de normas; en el segundo, que existe abuso de la forma de la persona jurídica. Ambos serán analizados a continuación.

SECCIÓN PRIMERA
PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE NORMAS

130. CRITERIOS QUE SE DEBEN SEGUIR

1. Introducción

Las normas jurídicas que generan problemas de aplicación al enfrentarse con la estructura formal de la persona jurídica son de dos naturalezas, a saber: (a) Aquellas que estan elaboradas bajo los supuestos de requisitos o cualidades humanas, y (b) Aquellas que estan elaboradas bajo el supuesto de que existe diversidad de los sujetos interesados en la relación jurídica que la norma regula.

En el primer caso, las normas jurídicas o toman como punto de partida propiedades naturales del hombre o presuponen peculiaridades jurídicas que parecen exigir como titular a un ser humano. Tal es el caso, por ejemplo, de las normas que determinan la nacionalidad, el domicilio, los derechos de la personalidad, etc. En todas ellas, y en muchas otras, el legislador ha establecido un régimen jurídico que toma siempre como referencia al hombre de carne y hueso. Determinar si tales normas pueden o no ser aplicadas a las personas jurídicas, y en caso afirmativo, bajo qué respecto, es decir, con qué modalidades, es lo que ha producido inquietantes problemas y ha dado lugar a soluciones doctrinarias diferentes.

En el segundo caso, las normas jurídicas han sido elaboradas para aplicarse

---

272 Serick, op. cit., pág. 254.

cuando por ambas partes de un negocio jurídico concurren efectivamente personas diferentes. Es más, la consideración de dicha diversidad ha sido esencial para que el legislador atribuya determinadas consecuencias jurídicas, consecuencias que resultan absurdas si detrás del velo corporativo se oculta una efectiva identidad. Pongamos como ejemplo el caso del artículo 1.707 del Código Civil. Esta norma previene que las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en una escritura pública, no producirán efectos contra terceros. Pero si resulta que el tercero es una persona jurídica cuyos socios corresponden a una de las partes del contrato, pareciera improcedente aplicar la consecuencia jurídica contenida en dicha disposición legal, puesto que ella fue desprendida o enlazada a la circunstancia de que concurriera una efectiva diversidad de personas y no a una puramente nominal como ocurre en el caso del ejemplo dado.

2. *Criterios para resolver conflictos de normas que suponen atributos del hombre.*

Hemos visto que establecer si una norma jurídica puede ser aplicada a una persona moral es un típico problema de interpretación de la ley. Desde luego, hay que partir de la base de que la sola circunstancia de que una norma se halle enlazada con atributos humanos, no es suficiente para excluir su aplicación a las personas jurídicas. "Ello más bien ha de decidirse con el análisis de la regla de derecho afectada, de los motivos legislativos a que se debe y de la función atribuida a la norma en la trama del ordenamiento jurídico. Sólo cuando la finalidad así comprobada del precepto de derecho no puede conciliarse con la finalidad de la persona jurídica en el sistema legal, ha de estimarse inaplicable la norma a las personas jurídicas"[273]. De esta manera, se puede llegar a la conclusión de que las personas jurídicas no pueden declarar como testigo en juicio; no pueden adoptar y ser adoptadas; no pueden ser titulares del derecho moral de autor, etc.; todo ello según veremos.

En muchos casos, puede resultar procedente aplicar a los entes morales las normas jurídicas adaptando la cualidad humana que constituye el supuesto de la norma a la peculiar condición de la entidad moral. Como dice Serick[274], "esto significa que son diferentes en las personas jurídicas y en las naturales los supuestos de las normas de que se trata, pero que las consecuencias jurídicas son las mismas". Es decir, que aun cuando adaptemos las cualidades humanas contenidas en la norma a la peculiar condición de la persona jurídica, no alteramos, con ello, la finalidad de la norma respectiva.

Sin embargo, en ocasiones, precisamente con motivo de dicha adaptación, se obtienen consecuencias prácticas o jurídicas distintas a las que persigue la norma respectiva, esto es, que contravienen su finalidad. Ello se produce porque, a veces, lo pretendido por la norma es precisamente afectar a los hombres que

---

273 Ibid., págs. 252 y 253.
274 Ibid., p. 253.

reúnan determinadas cualidades, alcance que no se logra porque se interpone la forma de la persona jurídica. En estos casos, lo procedente es transferir las cualidades o capacidades de los socios o miembros a la persona jurídica misma.

Pero cuando seguimos este camino rompemos, evidentemente, con el principio legislativo (art. 2.053 Código Civil) de la radical separación entre la entidad y sus miembros, por lo cual debemos buscar, ciertamente, las razones legales que justifican tal transgresión.

Tales razones sólo se pueden encontrar en las normas jurídicas que determinan la debida interpretación de la ley. Por supuesto que no se trata, con el pretexto de extraer la finalidad de una norma, de romper con el principio de la diversidad jurídica de la entidad y sus miembros; sino que de establecer si el espíritu de la disposición permite hacerla aplicable tanto a las personas naturales, como a las jurídicas. Y ello porque puede ocurrir que la norma jurídica regule o pretenda regular a ultranza conductas humanas, ejecutadas por personas naturales o jurídicas, indistintamente.

3. *Criterios para resolver conflictos de normas que suponen una efectiva diversidad de personas*

Cuando se trata de aplicar una norma jurídica que enlaza determinadas consecuencias jurídicas a la circunstancia de que concurra una efectiva diversidad de personas y no una puramente nominal, parece prudente penetrar el velo corporativo en busca de esa determinada diversidad, pues de lo contrario, no estamos aplicando la norma jurídica que debe regir el caso sino otra norma prevista para regir circunstancias diferentes.

En estos casos, la penetración del velo de la persona jurídica no tiene por objeto atribuir a la persona jurídica las cualidades o características de sus miembros como ocurre en los casos del párrafo precedente, sino, por el contrario, producir una completa identificación entre la persona jurídica y sus socios. Esta identificación es procedente sólo cuando se encuentren involucradas las mismas personas, aunque bajo diversa apariencia jurídica. Si en parte concurren las mismas personas y en parte no lo hacen, la norma jurídica que supone una efectiva diversidad debe ser plenamente aplicada, debiéndose recurrir a otros principios del derecho para resolver la cuestión suscitada.

131. LA NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

No cabe duda de que las normas jurídicas que determinan la nacionalidad o, mejor dicho, el concepto mismo de nacionalidad, es algo que supone a un hombre de carne y hueso capaz de lealtad, de sentimiento de pertenencia a un pueblo, de amor a la patria, de apego a la tierra, etc. En este sentido, se debe reconocer y aceptar la posición de muchos autores[275] que se han negado a considerar la

---

275 Entre otros, Laurent, "PRINCIPES DE DROIT CIVIL FRANCAIS", I (Bruxelles - Paris 1878),

posibilidad de que a una persona jurídica le sea imputada una auténtica nacionalidad.

Pero aun reconociendo tal circunstancia, estimamos que no se puede renunciar de antemano a la posibilidad de caracterizar a una persona jurídica como nacional o extranjera, pues existe una pluralidad de relaciones y consecuencias jurídicas que necesitan encauzamiento; y en este sentido, el concepto de nacionalidad puede resultar para las personas jurídicas igualmente útil que para las personas naturales.

Pero lo que se debe tener siempre presente es que las personas jurídicas no pueden ser, por ejemplo chilenas, francesas o inglesas en el mismo sentido y para los mismos efectos que lo pueden ser las personas naturales. No cabe duda de que es conveniente que puedan ostentar tal o cual nacionalidad, pero la ostentan para otros efectos[276].

Esto significa que estamos adaptando el concepto mismo de nacionalidad a la peculiar condición de las personas jurídicas y para ciertos efectos que no se contradicen con la finalidad de las normas respectivas. En otras palabras, discurrimos sobre la siguiente base: "Así como el individuo forma parte de un estado y de allí su condición de nacional o extranjero, lo mismo cabe decir, hasta cierto punto (para ciertos efectos), de las personas jurídicas: que son nacionales las que están directamente vinculadas a los intereses económicos, políticos y sociales de un Estado particular, y extranjeras las que no tienen dichas conexiones"[277].

Desde luego, cabe advertir que nuestro ordenamiento jurídico acepta y ha aceptado directamente la caracterización de una persona jurídica como nacional o extranjera, con lo cual reconoce la posibilidad de que puedan ostentar una nacionalidad. En efecto, los artículos 121 y siguientes de la Ley 18.046, sobre

---

pág. 405: "Por más que se haga un esfuerzo de imaginación, no puede afirmarse que un ser ficticio sea francés o alemán, inglés o belga". La delegación argentina formuló la siguiente declaración y reserva frente al Código de Derecho Internacional Privado: N° 4: "no aprueba disposiciones que afecten, directa o indirectamente, al principio sustentada por las legislaciones civil y comercial de la República Argentina, de que, "las personas jurídicas deben exclusivamente su existencia a la ley del Estado que las autorice y por consiguiente no son ni nacionales ni extranjeras; sus funciones se determinan por dicha ley de conformidad con los preceptos derivados del "domicilio" que ella reconoce". Para las delegaciones de Colombia y Costa Rica, las personas jurídicas no pueden tener nacionalidad ni de acuerdo con los principios científicos ni en conformidad con las más altos y permanentes conveniencias de América.

276 En el mismo sentido se manifiesta Duncker, "NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS", Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 42, pág. 51. "Sin embargo —dice— la tendencia de la doctrina moderna es atribuir una nacionalidad a las personas jurídicas, reconociendo sí que ella se rige por principios algo diferentes"; Santoro Passarelli, op. cit., pág. 32: "La nacionalidad de la persona jurídica es esencialmente distinta a la ciudadanía de la persona física...". Serick, op. cit., pág. 157: "Por ello el concepto de nacionalidad se utiliza incluso con relación a las personas jurídicas. Pero no cabe desconocer, naturalmente, que por su presupuesto es completamente diferente del que se aplica en el caso de las personas naturales". En contra, Ferrara, op. cit., pág. 704 y siguientes, especialmente págs. 705 y 706.

277 Duncker, op. cit., pág. 51.

sociedades anónimas, consagran la distinción entre compañías chilenas y extranjeras. Además, los artículos 16 y siguientes del Código de Bustamante aceptan expresamente dicha caracterización.

En realidad, los efectos para los cuales una persona jurídica puede ser considerada nacional o extranjera merecen ser ordenados en los siguientes grupos[278]:

a) Personas jurídicas constituidas en el extranjero que establecen relaciones jurídicas en Chile;

b) Personas jurídicas constituidas y operantes en Chile, pero con capital o participación extranjera.

A continuación se analizarán por separado cada una de tales situaciones.

132. PERSONAS JURÍDICAS CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO QUE TRATAN DE ESTABLECER RELACIONES JURÍDICAS EN CHILE

En este párrafo es menester tratar dos situaciones diversas: la primera dice relación con la llamada extraterritorialidad de las personas jurídicas, esto es, si aquellas entidades constituidas en el extranjero pueden ser consideradas "personas" en Chile; la segunda dice relación con los requisitos que deben cumplir para establecerse en Chile y realizar su giro u objeto.

En lo relativo a la extraterritorialidad de las personas jurídicas entendemos -como Ferrara- [279] que es preciso separar la parte teórica del alcance práctico del problema: "Porque desde el punto de vista teórico no puede ponerse en duda que aunque la persona jurídica no es una ficción, sin embargo, como forma jurídica, es un producto del derecho estatal y por consiguiente, territorial, y, por consiguiente, fuera del Estado no existe un nuevo sujeto, porque no puede dominar la ley extranjera, que se limita en su eficacia a los confines del territorio". Por estos motivos, si circunscribiéramos el problema a una pura cuestión teórica, deberíamos estimar siempre como necesario un nuevo reconocimiento, un nuevo acto de concesión del Estado.

Pero se debe reconocer que dicha conclusión teórica es insostenible desde el punto de vista práctico. No cabe duda que exigir a las personas jurídicas extranjeras, sean éstas públicas o privadas, con o sin fines de lucro, un reconocimiento por parte del orden jurídico chileno para poder gozar de personalidad en Chile y por tanto, para poder adquirir y contraer derechos y obligaciones, sólo contribuiría a entorpecer el comercio, la industria y las relaciones internacionales; a la vez que introduciría un elemento de injusta discriminación entre entidades chilenas y extranjeras, las cuales, en ciertas

---

278 Seguimos así —en parte— la ordenación de Puig Brutau, op. cit., pág. 342.

279 Ferrara, op. cit., pág. 715.

circunstancias, no obtuvieron un reconocimiento determinado, pues no previeron o pudieron prever que podrían llegar a tener relaciones jurídicas en Chile.

a) Personas jurídicas de derecho público extranjeras

Nuestra legislación interna no contiene norma jurídica alguna que implique un reconocimiento general a los Estados extranjeros. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia nacionales ha admitido, sin excepciones, el goce de los derechos civiles por parte de los estados extranjeros, en el mismo pie de igualdad que las personas jurídicas de derecho público nacionales. En otras palabras, puede afirmarse que en Chile nadie discute que los Estados extranjeros son reconocidos como verdaderas personas jurídicas y que, por consiguiente, tienen capacidad para ejercer los derechos inherentes a tal calidad.

Quizás aquí, más que nunca, parece innecesario dar razones para justificar una posición que se sustenta con tan sólo el peso de los hechos. No obstante, se han dado.

Se ha dicho por la doctrina y confirmado por la práctica internacional que si bien es necesario un reconocimiento por parte del orden jurídico o estatal chileno, basta simplemente con un mero reconocimiento diplomático, pues éste -se observa- lleva implícito la aceptación y constatación de la personalidad del Estado en el Derecho Privado[280].

No concordamos con esta posición que sólo contribuye a dar una solución parcial al problema planteado, porque la cuestión subsiste, sin duda, para aquellos Estados que no han obtenido el reconocimiento diplomático. Por lo demás, como advierte Ferrara[281], "una cosa es el reconocimiento internacional como ente igual e independiente, y otra el reconocimiento como posible sujeto de relaciones interiores, como miembro sujeto al señorío del Estado".

Nos parece más aceptable la posición que funda el reconocimiento de la personalidad jurídica de los estados extranjeros en un principio general del Derecho Internacional que ha sido aceptado por el orden jurídico chileno en numerosos tratados incorporados a nuestra legislación, posición ésta que parece conciliarse en mayor grado con la doctrina de la Corte Suprema[282].

---

280 "Un Estado que reconoce a otro Estado —dice Pillet— reconoce por este solo hecho que este Estado posee las funciones jurídicas que el mismo posee. Desde ese momento, la cualidad de persona jurídica debe ser reconocida al Estado so pena de caer en una contradicción con el reconocimiento político de que ese Estado es objeto". En igual sentido se pronuncia en nuestro país Claro Solar, op. cit., Tomo V, pág.481; Guzmán y Millán "CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO" (Ed. Jurídica de Chile, 1973), pág. 428, Vodanovic Antonio, op. cit., I, segunda parte, pág. 375.

281 Ferrara, "TEORÍA DE LA PERSONA JURÍDICA", op. cit., pág. 715.

282 La Corte Suprema tuvo ocasión de pronunciarse sobre el tema en comentario en fallo de 10 de diciembre de 1912, mediante el cual ordenó al C.B.R. de Arica inscribir a nombre del Estado de Bolivia la casa que este país había adquirido con el objeto de instalar su agencia aduanera en dicho lugar. Algunos de sus considerandos decía: "PRIMERO: Que conforme a las reglas de

En este mismo sentido, es conveniente advertir que el Código de Derecho Internacional Privado, en su art. 31 expresa: "Cada Estado contratante, en su carácter de persona jurídica, tiene capacidad para adquirir y ejercitar derechos civiles y contraer obligaciones de igual clase en el territorio de los demás, sin otras restricciones que las establecidas expresamente por el derecho local".

b) Corporaciones y Fundaciones

Respecto de las personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro, la doctrina extranjera se divide en dos escuelas: "la más antigua y comúnmente difundida, que admite la igualdad de la persona jurídica con la persona física, reconoce en la persona jurídica un status personal con capacidad civil general para el goce y ejercicio de los derechos civiles y sostiene que las personas jurídicas, una vez adquirida su personalidad en el país donde fueron creadas y reconocidas con capacidad de goce de los derechos civiles, llevan consigo esta personalidad a cualquier país donde quieran ejercitar sus derechos"[283].

La segunda escuela sostiene que, a diferencia de las personas físicas, las personas jurídicas no tienen existencia fuera del territorio del Estado en que han obtenido su reconocimiento como tales. Para algunos, ello se produce por la naturaleza ficticia de las personas jurídicas; para otros porque el reconocimiento de tales entidades es una cuestión que concierne internamente a cada estado, pues sólo él los puede estimar convenientes para su organización política, social y administrativa; finalmente, hay otros que niegan a la persona jurídica el goce de un verdadero estatuto personal[284].

En Chile la cuestión se ha complicado aún más con motivo de la redacción del art. 546 del Código Civil que dice: "No son personas jurídicas las fundaciones o corporaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley, o que no hayan sido aprobadas por el Presidente de la República".

Como consecuencia de la disposición citada, la doctrina nacional se ha dividido en dos posiciones claramente divergentes.

La primera de ellas, sostenida principalmente por Arturo Alessandri R., afirma que para que una corporación o fundación constituida en el extranjero pueda gozar de personalidad jurídica en Chile, es menester que cumpla todos los requisitos establecidos en el art. 546 del Código Civil, esto es, que previamente se establezcan en Chile en virtud de una ley o que hayan sido aprobados por el Presidente de la República. Se concluye de tal manera, en virtud de los siguientes fundamentos:

Derecho Internacional, los Estados en sus relaciones recíprocas tienen una personalidad jurídica capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. TERCERO: Que según el Derecho Internacional pueden adquirirse propiedades por un gobierno, en territorio de una potencia extranjera, sin ejercer sobre ellas más que el dominio ordinario, semejante al de los particulares, pero no el que siempre corresponde al soberano del territorio".

283 Claro Solar, op. cit., V, pág. 472, quien cita en esta posición a Merlin, Demangeat y otros.

284 Véase Claro Solar, op. cit., pág. 473.

1° Los claros términos del art. 546 del Código Civil que no distingue entre personas jurídicas nacionales o extranjeras.

2° Porque de acuerdo con lo dispuesto por el art. 14 del Código Civil, la ley chilena es obligatoria en Chile, aun para los extranjeros.

3° Porque esta posición parte de la base de que el Código Civil acepta la doctrina de la ficción, y en virtud de tal circunstancia, atendido que la persona jurídica sólo existe en virtud de una ficción de la ley, tal ley debe surtir los efectos de toda ley extranjera que pretende ser aplicada en Chile, esto es, debe desconocerse su autoridad, pues no tiene efectos más allá del país en que impera.

La segunda posición, sostenida principalmente por Luis Claro, sostiene que no puede afirmarse que una corporación o fundación constituida en el extranjero carezca de personalidad jurídica en Chile. Para este autor el art. 546 del Código Civil no puede ser aplicado en la especie porque "el código legisla para Chile y al tratar de las personas jurídicas se refiere a las personas jurídicas chilenas, únicas que tiene en vista al expresar que no tienen personalidad jurídica las fundaciones o corporaciones que no han sido autorizadas como tales por la autoridad pública chilena"[285].

Concordamos con esta última opinión. Creemos que, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 22 del Código Civil, el contexto de la ley sirve para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Y estimamos que no puede ser armónica una interpretación que postula que no son personas jurídicas las corporaciones y fundaciones extranjeras, que son entidades sin fines de lucro; en circunstancias que sí serían personas jurídicas las sociedades extranjeras o entidades que persiguen fines de lucro. La lógica más sencilla enseña que no puede haber armonía en una solución desequilibrada.

c) *Sociedades Civiles y Comerciales*

Al respecto cabe distinguir entre sociedades que no requieren de autorización de existencia por parte de la autoridad pública y aquellas que sí la requieren.

Respecto de las primeras, no ha habido en Chile quien postule la falta de personalidad jurídica de estas sociedades cuando se han constituido en el extranjero; y ello, porque se sabe que la sociedad es un contrato y nuestra legislación, en virtud del principio de la producción internacional de efectos de los actos jurídicos legalmente ejecutados, reconoce, en el art. 16 del Código Civil, la eficacia de los contratos válidamente otorgados en país extranjero[286].

Respecto de aquellas sociedades que sí requieren de autorización de

285 Claro Solar, op. cit., V, pág. 478.
286 Diego Guzmán y Marta Millán, op. cit., pág. 439.

existencia, tales como compañías de seguros o administradoras de fondos mutuos o de pensiones, el asunto se ha discutido. Para Arturo Alessandri, en el sistema legislativo chileno dichas sociedades nacen a la vida jurídica en virtud de la aprobación de sus estatutos por la autoridad administrativa. Antes de obtenerla, no pueden ejercutar acto jurídico alguno. Para Luis Claro Solar, en cambio, el sistema legislativo chileno sólo se aplica para aquellas sociedades que nacen en Chile, porque ese sistema sólo legisla para Chile.

Concordamos con esta última opinión, fundamentalmente por las mismas razones señaladas para el caso de las corporaciones y fundaciones.

Ahora bien, en lo relativo a la ley que rige la capacidad de las personas jurídicas en análisis, si creemos que la personalidad jurídica otorgada por un sistema legislativo debe ser reconocida por el de otros países, tenemos que concluir que la medida de esa personalidad o capacidad habrá de determinarse de acuerdo con las leyes del país donde se obtuvo dicha personalidad jurídica. Así se ha fallado[287].

Para poder emprender su giro en Chile, las personas jurídicas extranjeras necesitan acomodarse a la legislación chilena y cumplir con los mismos requisitos establecidos para las personas jurídicas constituidas en Chile. Eso no significa, sin embargo, que deban obtener personalidad jurídica en Chile.

Los requisitos que tendrán que cumplir las personas jurídicas extranjeras para poder establecerse en Chile varían según sea el tipo o la naturaleza de la entidad; y ellos se establecen en las respectivas leyes que regulan su actividad.

Se debe hacer presente que las personas jurídicas deben cumplir los requisitos que se establecen en la legislación chilena para desarrollar su giro o actividad y no aquellos que el ordenamiento jurídico chileno exige en consideración al tipo o naturaleza de la persona jurídica misma. Así por ejemplo, una sociedad anónima constituida en el extranjero no está sometida al control de la Superintendencia de Sociedades Anónimas. Todo ello se entiende sin perjuicio de lo que dispongan las leyes, vgr., para el caso de las corporaciones y fundaciones, los arts. 34 y siguientes del Reglamento sobre concesión de personalidad jurídica.

133. PERSONAS JURÍDICAS CONSTITUIDAS Y OPERANTES EN CHILE, PERO CON CAPITAL O PARTICIPACIÓN EXTRANJERO

Las personas jurídicas constituidas y operantes en Chile, pero con capital o participación extranjero, entran normalmente en conflicto con ciertas medidas establecidas en la legislación nacional que tienden sea a impedir que pasen a depender del extranjero bienes o personas jurídicas nacionales, sea a reservar para

---

287 "La capacidad de la persona jurídica se rige por la ley del país de su nacionalidad y el reconocimiento que de su existencia se haga en país extranjero se encuentra fundamentalmente limitado por esa capacidad" (Rev. de Derecho y Jurisprudencia, tomo 33, sección primera, pág.449).

los chilenos o para los extranjeros radicados en Chile, la realización de ciertas actividades productivas o de comercio, o el goce de ciertos beneficios o preferencias.

Los problemas surgen al determinar o precisar los casos en que deberá considerarse como extranjera a una persona jurídica constituida en Chile cuando la ley específica de que se trata no ha sentado el criterio para determinar si la sociedad o persona jurídica es chilena o extranjera o no ha previsto que la actividad que prohíbe a los extranjeros como personas naturales sea desarrollada por una persona jurídica.

Desde luego, cabe observar que es poco frecuente que tal omisión se produzca, pero si llegare a presentarse, la doctrina ofrece dos posibilidades: una de ellas consiste en reflejar la nacionalidad de los miembros de la persona jurídica o la de aquellos que en razón del capital o de los estatutos estén en condiciones de manejar la administración de la Compañía; la otra posibilidad consiste en determinar la nacionalidad sobre la base de datos que hagan referencia a la propia persona jurídica, esto es, de datos objetivos de la entidad.

Como datos objetivos se han propuesto los siguientes: a) El país que interviene en su constitución determina la nacionalidad de la persona jurídica; b) El país en el cual la persona jurídica tiene su sede o asiento social determina la nacionalidad de la persona jurídica; c) El país que proporciona el capital social determina la nacionalidad; d) La nacionalidad por la que optaren sus fundadores será aquella que ostente la entidad.

134. Domicilio de las personas jurídicas

Así como la persona física, la persona jurídica debe ser necesariamente localizada en un lugar determinado. En este sentido, las normas que determinan el domicilio de las personas físicas (arts. 59 al 73 C.C.) resultan igualmente útiles para las personas jurídicas; aunque requieren de cierta adaptación, pues sólo fueron pensadas para serles aplicadas al hombre de carne y hueso.

La sede estatutaria de la persona jurídica no fija el domicilio legal de la misma sino en cuanto corresponde realmente a su sede efectiva. "La indicación de la sede de la sociedad en el acto constitutivo no puede referirse más que a aquella que la sociedad quiere que sea la propia sede, no a un domicilio efectivo que todavía no existe por no haber nacido aún la sociedad. La sociedad no puede, en efecto, a través de la determinación de una sede que no corresponda a la sede real, perjudicar los derechos que nacen para los terceros en base a su sede efectiva"[288].

En realidad, el haber domiciliado a la sociedad en un lugar distinto a la sede fijada en los estatutos constituye más bien una violación o transgresión de éstos, de lo cual podrían ser responsabilizados los administradores.

---

288 Ascarelli Tulio, "SOCIEDADES Y ASOCIACIONES COMERCIALES" (Ediar S.A., Editores, Buenos Aires, 1947), pág.73.

Todo lo cual conduce a concluir, entonces, que las normas de los arts. 59 y siguientes del Código Civil les son íntegramente aplicables a las personas jurídicas con total independencia de cual sea su sede estatutaria.

Por ello, el art. 142 del Código Orgánico de Tribunales establece que "cuando el demandado fuere una persona jurídica se reputará por domicilio, para el objeto de fijar la competencia del juez, el lugar donde tenga su asiento la respectiva corporación o fundación. Y si la persona jurídica demandada tuviere establecimientos, comisiones u oficinas que le representen en diversos lugares, como sucede con las sociedades comerciales, deberá ser demandada ante el juez del lugar donde exista el establecimiento, comisión u oficina que celebró el contrato o que intervino en el hecho que da origen al juicio".

Igual regla debe aplicarse, por analogía, a los demás casos en que sea preciso determinar el domicilio de una persona jurídica.

135. LA CALIDAD DE PARIENTE O CÓNYUGE

Es necesario resolver la cuestión de si una persona jurídica puede ser "pariente" o puede tener parientes en el sentido que lo establecen determinadas normas jurídicas. Y ello porque, al parecer, el parentesco sólo es posible tratándose de personas naturales. Otro tanto cabe decir respecto a si una persona jurídica puede ser "cónyuge" o tenerlo. Este tipo de problemas reviste especial importancia en el derecho de quiebras.

Creemos que la solución a estos problemas se logra comprobando si la norma jurídica respectiva que emplea el concepto de cónyuge o pariente "regula relaciones que específicamente tengan el carácter de Derecho de Familia o si se trata de la descripción de un fenómeno de derecho patrimonial, en general, en el que se halle interesado precisamente un cónyuge o un pariente"[289]. Sólo en el primer caso la norma será inaplicable a la persona jurídica. En el segundo, por el contrario, creemos que la aplicabilidad de la norma a la entidad moral debe ser reconocida.

En otras palabras, creemos que es perfectamente posible el hecho de considerar, en determinadas condiciones, a una persona jurídica como pariente o cónyuge de una natural. "Ninguna consideración dogmática debe permitir que se formulen reparos contra la aplicación de semejantes reglas de derecho a las personas jurídicas, por tratarse en este caso de normas que por su finalidad no pueden quedar limitadas a las personas naturales"[290].

El problema en análisis tiene relevancia en los contratos celebrados en consideración a la persona del otro contratante: ¿Podría declararse la nulidad del acto jurídico si se demostrare que hubo error en cuanto a la persona de los socios de la persona jurídica?. Creemos que sí. La entidad moral puede ser digna de confianza, pero para ello se debe tomar en cuenta a los hombres que se encuentran detrás de ella. En la vida práctica la identificación de la sociedad con las personas

---

289 Serick, op. cit., pág. 253.
290 Serick, op. cit., pág. 206.

naturales que la integran o que la administran es un hecho que no puede desconocerse.

136. PODRÍA LA PERSONA JURÍDICA SER TITULAR DE UN DERECHO PERSONALÍSIMO

a) *Derechos de uso y habitación*

En doctrina se ha discutido mucho acerca de la posibilidad de que los entes morales puedan ser titulares de un derecho de uso y habitación. Ello, porque estos últimos son delimitados e individualizados en su amplitud por las necesidades del usuario y de su familia y esto -se dice- no puede aplicarse a sujetos meramente ideales[291].

En nuestro derecho, tal posición debe ser rechazada. En efecto, el antiguo inciso 3° del art. 556 del Código Civil, hoy derogado, que instituía una prohibición a las personas jurídicas para conservar la posesión de los bienes raíces que adquirieran, sin permiso especial de la legislatura, señalaba expresamente que "esta prohibición no se extiende a los derechos de censo o pensión, asegurados sobre bienes raíces; ni a los derechos de usufructo, uso o habitación". Al haber el Código Civil señalado expresamente que la prohibición no se extendía a los derechos de uso o habitación de los cuales pudieran ser titulares personas jurídicas, obviamente estaba reconociendo la posibilidad de que los entes morales pudieran ser titulares de ellos. Si bien esta disposición se encuentra hoy derogada, no cabe duda que la intención del legislador fue la de permitir que los derechos de uso y habitación pudieran ser gozados, también, por las personas jurídicas.

En cuanto al goce de estos derechos reales en comentario, concordamos plenamente con la opinión de Luis Claro Solar[292]: "Naturalmente -dice- hay diferencia entre la manera de cómo puede gozar de un derecho de uso una persona jurídica que no tiene la existencia real de una persona física; pero se comprende que puede proporcionarse a una corporación una parte de los frutos de una cosa como puede dársele la totalidad de ellos. En cuanto al derecho de habitación -añade-, que para una persona natural consiste en morar la casa en que se constituye, la persona jurídica puede ejercitarlo teniendo en ella sus oficinas o el lugar de reunión de sus miembros".

b) *Derecho moral de autor*

En general, la cuestión de si el derecho de autor puede corresponder con carácter originario a la persona jurídica, ha sido un tema muy discutido en la doctrina contemporánea. En el derecho de autor hay que distinguir dos elementos diversos: por un lado un derecho patrimonial que permite al autor la explotación

---

291 Ferrara, "Teoría de la Persona Jurídica", op. cit., p. 795.

292 Claro Solar, op. cit., V, p. 538.

financiera de su obra; y por otro un derecho moral que tiene por objeto proteger la paternidad y la integridad de la obra y, en general, proteger el honor que como creador debe reconocérsele al autor[293].

El problema no consiste, obviamente, en saber si a una persona jurídica debe reconocérsele la posibilidad de ser titular del derecho de autor. Ello ciertamente es posible a la luz de las disposiciones actuales de la Ley 17.336 sobre propiedad intelectual. Basta para ello leer los artículos 25 y 26 de la citada ley que expresan que el derecho de autor de una obra cinematográfica corresponde a su productor, entendiéndose por productor, "la persona natural o jurídica que toma la iniciativa y la responsabilidad de realizar la obra cinematográfica". El problema consiste en saber si una persona jurídica puede ser considerada como titular original del derecho de autor[294].

Los que niegan tal posibilidad sostienen que, para la confección de una obra, es elemento primordial la actividad creadora del hombre, actividad que no puede ser desarrollada por las personas jurídicas por ser solamente entidades ideales.

No concordamos con esta posición. A nuestro entender, el elemento decisivo debiera estar en determinar la importancia del aporte individual de todos aquellos que participaren en la obra. Si resulta muy escaso, como puede suceder en la confección de obras colectivas tales como antologías, crestomatías, enciclopedias, diccionarios, etc., nos parece obvio que es posible negar simplemente el derecho de autor de las personas individuales que han participado en la obra y dejar que surja con carácter originario a favor de la persona jurídica que ha dirigido la obra cuando sus intereses en la misma aparecen como más dignos de protección que los de los hombres que han realizado el trabajo bajo la completa dirección de la persona jurídica a la que también se debe por entero la financiación[295].

Esta conclusión parece estar expresamente corroborada por el tenor literal del art. 24 de la Ley 17.336. Esta disposición señala que los derechos de autor en los casos de enciclopedias, diccionarios y otras recopilaciones análogas corresponden al organizador de la obra, tanto sobre la compilación como sobre los aportes individuales. Y no cabe duda que el organizador de una obra puede ser, evidentemente, una persona jurídica. No hay nada que lo impida.

c) Derecho a suceder

En lo que se refiere a las sucesiones abintestato se debe concluir necesariamente que las personas jurídicas son incapaces de adquirir derechos por esta causa. El parentesco que forma la base de estas sucesiones, falta en las

293 Véanse los arts. 14 a 23 de la ley 17.336 sobre propiedad intelectual.

294 El art. 7 de la ley 17.336 expresa que es titular original del derecho el autor de la obra. Es titular secundario del derecho el que lo adquiera del autor a cualquier título.

295 Serick, op. cit., p. 197.

personas jurídicas. Y si bien nosotros hemos sostenido que es posible aplicar el concepto de cónyuge o pariente a las personas jurídicas, lo hemos hecho sólo en los casos en que se trate de la descripción de un fenómeno de derecho patrimonial y hemos negado la posibilidad de aplicar tales conceptos a las entidades morales cuando se regulen relaciones que específicamente tengan carácter de derecho de familia, cosa que ocurre en la especie.

En los casos de sucesión testamentaria, es evidente que las personas jurídicas pueden recibir herencias y legados por este medio.

d) El Derecho al honor

Resulta fundamental para determinar si es posible que una persona jurídica pueda ser titular de un derecho al honor precisar la concepción que se tenga de éste. Si se pretende buscar la existencia del honor en la vida interior del hombre, es evidente que las personas jurídicas necesariamente carecen de este derecho, pues consideradas psicológicamente no pueden tener ninguna sensibilidad. Sin embargo, si se quiere ver en el derecho al honor más que un valor interior congénito a la dignidad humana, un valor que corresponde a una persona dentro de la sociedad, resulta evidente que se debe sostener que una persona jurídica también puede ser titular de un derecho al honor y puede ser ofendida.

Nosotros concebimos el honor en dos niveles. El primer nivel del honor lo hemos considerado como aquel grado mínimo de respetabilidad que le permite al hombre vivir en sociedad; el segundo nivel del honor lo hemos considerado como una emanación de la virtud interior que se proyecta, que se esparce en la sociedad y que le permite a la persona adquirir un mayor o un menor grado de prestigio o fama.

De acuerdo a lo anterior, es evidente que el derecho al honor le debe ser reconocido a la persona jurídica. Éstas, como los seres humanos, necesitan ser tratadas con un grado mínimo de respetabilidad que les permita alcanzar la sociabilidad, esto es, la posibilidad de relacionarse con los demás en un mismo pie de igualdad. De igual manera, las personas jurídicas pueden ser más o menos virtuosas según sea la naturaleza de sus fines, la forma cómo han pretendido desarrollarlos, los intereses que protegen, etc.

Nos resulta evidente, también, que las personas jurídicas pueden ser ofendidas en la misma manera y en igual grado que las personas naturales. El derecho no puede permitir -por ejemplo- que se afirme impunemente que una entidad protege la delincuencia o la prostitución o defiende intereses inmorales, etc.

SECCIÓN SEGUNDA
EL ABUSO DE LA FORMA DE LA PERSONA JURÍDICA

137. CONCEPTOS GENERALES

La utilización abusiva de la estructura formal de la persona jurídica, basada

en una radical separación entre la entidad y sus miembros, plantea la necesidad de indagar bajo qué circunstancias puede prescindirse de esa estructura formal para penetrar hasta su mismo sustrato y alcanzar así a las personas que se han encubierto tras el velo corporativo para obtener resultados que el derecho les prohíbe obtener como personas naturales.

El tema resulta de suyo delicado puesto que además de ser discutible la determinación de los casos en que será posible alcanzar el objetivo mencionado, existe ciertamente el peligro de que el hecho de prescindir de la radical separación entre la entidad y sus miembros componentes se generalice demasiado y con ello quede sin valor la misma figura de la persona jurídica.

Empero, "la figura de la persona jurídica hace posible que, bajo la apariencia de un acto ajustado a derecho, se persigan fines ilícitos. Existe en tal caso un abuso de la forma de la sociedad que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, pues atenta contra las bases morales y lleva el descrédito a la misma institución de la persona jurídica"[296].

El hecho de si existe o no una crisis generalizada de la institución misma o una crisis -digámoslo más claramente- del concepto normativo de la persona jurídica, no es un tema que corresponda tratarlo en este trabajo[297].

Tampoco se trata de poner en duda el principio legislativo de la radical separación entre la entidad y sus miembros, sino de perseverar siempre en la recta aplicación del fin de la ley, reaccionando contra la utilización de las formas legales adoptadas para contrariar o burlar la disposición.

El problema de la utilización de las formas jurídicas con objetivos distintos a los previstos por el legislador[298] forma parte de la teoría general de los actos aparentes, respecto de los cuales no necesariamente debe asumirse una posición contraria, tanto porque no siempre conducen a un resultado ilícito, cuanto porque el propio ordenamiento jurídico los permite en virtud del principio de la libertad contractual. Para Jhering[299] "los actos aparentes eran uno de los numerosos expedientes a los cuales los jurisconsultos romanos recurrían para satisfacer con los medios existentes las nuevas necesidades que surgían de la vida diaria".

De igual manera debe enfrentarse el problema de la utilización de la estructura formal de la persona jurídica para fines distintos a los previstos por el legislador, esto es, dicha utilización no necesariamente debe ser proscrita o

---

296 Serick, op. cit., pág. 241.

297 Para Ascarelli "en el estudio de la fenomenología del capitalismo contemporáneo, resulta completamente inadecuado el perfil de la simulación y también el fraude o el abuso, y lo que en cambio procede es someter a revisión la doctrina de la personalidad jurídica" (Citado por Puig Brutau "Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles". Rolf Serick. Comentario del traductor, pág. 265 nota).

298 Kohler, el primero en hacer una elaboración sistemática sobre este particular tema, parte de dos proposiciones: "el aspecto jurídico de los negocios causales puede no coincidir con el económico; asimismo, el fin práctico propio de un negocio se puede lograr, también, a través de la combinación de otros negocios". Doménico Rubino: "EL NEGOCIO JURÍDICO INDIRECTO" (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid), pág.11.

299 Jhering, op. cit., IV, pág. 314.

rechazada. En numerosas ocasiones ella corresponde a un modo particularmente útil de enfrentar una actividad empresarial -por ejemplo- limitando la responsabilidad del empresario que no quiere compartir con un socio los beneficios del negocio[300].

En fin, respecto de la utilización de la estructura formal de la persona jurídica y en general de los actos aparentes, creemos que son exactas las palabras de Jhering[301]: "El acto aparente se une al acto original, no dogmáticamente, sino por una relación puramente histórica, y procede del acto jurídico, no como una rama viva de la vida del tronco, sino como una nueva estaca que ha adquirido una existencia independiente. Y para hablar rectamente, la teoría del acto originario no se aplica nunca al acto aparente, que con teoría propia se aparta a menudo del otro en los puntos más esenciales".

Cuando la estructura formal de la persona jurídica es utilizada para lograr con ella fines distintos a los previstos por el legislador, la lógica exige que el juez penetre la estructura formal de la persona jurídica y estudie, pondere y analice la verdadera situación jurídica que la sociedad le pide que juzgue, para así aplicar la norma jurídica correcta[302].

La verdad es que nuestro ordenamiento jurídico, como el de otras muchas naciones, se ha preocupado de impedir en mayor o menor medida este tipo de abusos en el caso de la sociedad anónima, reglamentando, al efecto, las relaciones que se pueden presentar entre sociedades matrices y filiales. Empero, la gama de posibilidades de utilización de la estructura formal de la persona jurídica excede con creces tan reducido campo de aplicación. Desde luego, no todas las personas jurídicas revisten la forma de una sociedad anónima; de la misma manera como no todos los intereses que el derecho debe proteger son los de los accionistas minoritarios. Por otra parte, los Trust, los Konzerns, los Holding Company y las agrupaciones de sociedades han creado y crean actualmente una suerte muy variada de relaciones jurídicas y económicas cuya regulación no puede ser improvisada recurriendo a normas jurídicas (civiles y penales) que fueron pensadas para regular realidades muy diversas. Y ello no sólo para proteger los

300 La limitación de la responsabilidad individual se puede obtener fácilmente sin recurrir siquiera a un socio testaferro permanente: Primero se crea una sociedad con el auxilio de un testaferro; Segundo, se crea otra sociedad teniendo como socia a la anteriormente formada; y Tercero, el segundo ente formado le compra al testaferro las participaciones sociales en la primera compañía. Se crean así dos personas jurídicas que tienen como sustrato una sola persona, natural o jurídica.

301 Jhering, op. cit., IV, p. 320.

302 Enneccerus, Kipp y Wolff, op. cit., pág. 437 han dicho: "La diferenciación jurídica entre asociados y asociación (o incluso dos asociaciones) tiene que enervarse (Teoría de la Unidad) en ciertos casos de seria dominación de la última. Verdad es que subsiste la dualidad jurídica, pero el que la ha producido no puede invocarla en perjuicio de terceros, si de hecho existe una unidad económica especialmente fuerte, y si el apoyarse en la dualidad lesiona gravemente los intereses del tercero. La cuestión sólo puede decidirse caso por caso observando cuidadosamente lo que exige la buena fe".

intereses de terceros sino, también, para resguardar los derechos de los propietarios.

138. LA DESESTIMACIÓN DE LA FORMA DE LA PERSONA JURÍDICA. FUNDAMENTACIÓN

Consideramos que es poco conveniente que los casos que den lugar a una desestimación de la forma de la persona jurídica, con el objeto de poder adoptar medidas que afecten a los hombres que se hallan tras el velo corporativo o societario, se resuelvan y se fundamenten a la luz de posiciones y actitudes metajurídicas, esto es, sobre la base de argumentaciones y consideraciones fundadas en la equidad; pues, lo que de tal modo se logra en el terreno de la justicia material, se pierde en el campo de la seguridad jurídica. "La íntima contradicción y la inseguridad que resultan de semejante manera de considerar el problema se reflejan en los fundamentos con los que en ocasiones trata de justificarse la negación de la persona jurídica. Para ello se recurre ampliamente a cláusulas generales y a flexibles giros del lenguaje como "poder de los hechos", "buena fe, etc., con cuyas fórmulas todo puede recibir fundamento sin que por ello se logre convencer a nadie"[303-304].

Desde luego que con ello no se trata de restarle autoridad al principio de la buena fe como fundamento de las decisiones judiciales que se adopten en este sentido; sino que de precisar los casos en que existe un atentado a la buena fe mediante la utilización de la estructura formal de la persona jurídica.

En este sentido, creemos que existe un atentado en contra de la buena fe, que justifica que se descarte el principio de la radical separación entre la entidad y sus miembros y que se desestime la forma de la persona jurídica, sólo en los casos en que se pretenda burlar una ley, quebrantar las obligaciones contractuales o perjudicar fraudulentamente a terceros, para lo cual el juez o el intérprete deberá tener siempre presente que, al crear y configurar el legislador la persona jurídica, lo ha hecho sólo para el tráfico jurídico y negocial de buena fe, pues no es posible concebir un ordenamiento jurídico que permita que sus instituciones se utilicen para violar el espíritu de sus propias disposiciones. Es preciso tener presente que no cabe imaginar a la persona jurídica sin la existencia de personas naturales que actúan tras ella y determinan su conducta. Por ello resulta decisivo estudiar, ponderar y analizar la conducta de estas personas, como único medio para saber si existe o no un abuso de la forma de la persona jurídica. "La sociedad, por tanto, no puede ser considerada separadamente de las personas que la componen, pues

303 Serick, op. cit., pág. 40.

304 En sentencia de la Corte Suprema de fecha 4 de mayo de 1983 se rechazó un recurso de queja y se hizo propio el criterio de los ministros recurridos que habían confirmado una sentencia de primera instancia que había sentenciado que dos personas jurídicas diferentes constituyen un solo empleador. La sentencia decía: "que aunque ambas demandadas constituyen personas jurídicas distintas, dado los hechos establecidos en autos en cuanto a que ambas sociedades tienen los mismos socios, el mismo objetivo social y funcionan juntas ocupando los mismos dependientes, parece equitativo considerarlos como un solo empleador".

sólo lo que sucede detrás de su apariencia puede poner en claro si todavía se mueve dentro de la esfera que para ella ha sido creada por el legislador"[305].

Finalmente, cabe preguntarse cuáles serían las consecuencias cuando el juez desplace la forma de la persona jurídica. En realidad, la posible consecuencia jurídica se determina según la peculiaridad de cada caso concreto e irá encaminada solamente a frustrar la finalidad ilegítima perseguida.

139. ANÁLISIS DE LOS CASOS QUE AUTORIZAN PARA DESESTIMAR LA FORMA DE LA PERSONA JURÍDICA

Como lo hemos señalado precedentemente, la única causal que legitima la desestimación de la estructura formal de la persona jurídica está constituida por un atentado en contra de la buena fe, entendiendo que lo hay en tres casos específicos: a) Burla a la ley; b) Burla o lesión del contrato; y c) Otros daños fraudulentos causados a terceros.

a. Burla a la ley

"Una ley puede quedar burlada con la utilización de la figura de la persona jurídica cuando los individuos a quienes la norma se dirige se ocultan tras aquélla, tanto si ya existía como si sólo fue creada para tal fin, con lo que logra sustraerse al mandato legal"[306]. En estas circunstancias, el mandato imperativo o prohibitivo no aparece formalmente infringido, pues el que figura absteniéndose de ejecutar un hecho o, por el contrario, realizando la conducta prohibida es una persona distinta a la destinataria del mandato legal.

b. Burla o lesión del contrato

De la misma manera como puede quedar burlada una ley utilizándose abusivamente la estructura formal de la persona jurídica, puede suceder que quede burlado un contrato. "El supuesto de hecho fundamental de tal fraude al contrato es sencillo: A y B se obligan frente a C a no realizar determinado acto. Pero resulta que el mismo acto lo realiza la sociedad X, cuyos socios son A y B. La sociedad X, una persona jurídica, ha sido creada con la finalidad de burlar el contrato celebrado con C. Cabe preguntar si el acto de referencia puede ser prohibido a dicha sociedad y, en caso afirmativo, en virtud de qué fundamento"[307].

En este tipo de casos, el objeto principal de la decisión judicial debería centrarse en la valoración de la prueba referente a la identidad de los miembros de la sociedad creada, como indicio o dato revelador de la intención desleal en el proceder de los contratantes.

---

305 Serick, op. cit., pág. 44.
306 Ibid., pág. 59.
307 Ibid.

Pero tal decisión no podría jamás enfocarse en tal sentido si se desea mantener a ultranza el principio legislativo de la radical separación entre la entidad y sus miembros.

c. *Otros daños causados con deslealtad a terceros*

Finalmente, existen otros casos que pueden no quedar incluidos en las dos categorías analizadas. La característica general de estos casos es que mediante la utilización de la estructura de la persona jurídica, se impide la aplicación de una ley que los debiera regular. Los casos más frecuentes se presentan con ocasión de las normas jurídicas que enlazan una determinada consecuencia jurídica a la circunstancia que concurra una efectiva diversidad de personas. Estos casos fueron estudiados cuando analizamos los problemas de aplicación de normas, pero es corriente que dichos problemas se usen o se aprovechen para causar un daño a terceros.

Para explicar los casos anteriores nos valdremos de los siguientes ejemplos:

Primer caso: X ha celebrado un contrato de compraventa con una persona jurídica que comparece representada, en las conversaciones preliminares y en la celebración del contrato, por su gerente general, un empleado dependiente de la entidad. Al mismo tiempo, X ha sido objeto de un engaño doloso por parte de los socios de la misma entidad, con el objeto preciso de obtener su consentimiento para el contrato; engaño que el gerente de la compañía contratante desconoce. En estricto rigor, no podría pedir la nulidad relativa del contrato, pues el dolo no fue obra de su contraparte.

Segundo caso: El directorio de una sociedad matriz, que denominaremos A, dueña de numerosas subsidiarias, acuerda vender a una persona que llamaremos B, diversos paquetes accionarios de una importante compañía, los cuales, en conjunto, significan conseguir el control de la entidad, motivo por el cual se pactó como precio una cantidad que excedía con creces el valor bursátil de cada acción. Dichos paquetes accionarios vendidos se encontraban en parte en poder de la matriz y en parte en poder de alguna de sus subsidiarias. Por esta razón, para llevar a efecto la operación, en la práctica, se celebraron varios contratos de compraventa, en los cuales figuraban como vendedor A o alguna de sus subsidiarias, y comprador, B. Ahora bien, surge a estas alturas una pregunta medular para resolver los conflictos que se pueden suscitar en torno a este caso: ¿La mora en entregar la cosa vendida por parte de A, purga la mora en pagar el precio en que ha incurrido B respecto de una de las filiales o subsidiarias de A?

140. LOS TRES CASOS SON HIPÓTESIS DE FRAUDE A LA LEY

Los tres casos analizados precedentemente son en el fondo hipótesis de fraude a la ley[308] , pues en todos ellos se obtiene un resultado práctico consistente en sustraerse a la fuerza coactiva del derecho. En consecuencia, lo que diremos a continuación no sólo se aplica al primer caso analizado sino también a los de

---

308 Entre las hipótesis de fraude o la ley que considera la doctrina se encuentran fundamentalmente

lesión del contrato y al de los otros daños fraudulentos a terceros. Estas tres hipótesis de fraude a la ley presentan la circunstancia común de que los socios o integrantes de la persona jurídica, o también sus administradores o socios mayoritarios, "se proponen huir de la aplicación de una norma jurídica, conformando su conducta de tal modo que no pueda reprobarse directamente y que, con el conjunto de los medios oblicuos empleados, venga a conseguirse un resultado que la ley quería impedir"[309] .

Sin embargo, es necesario precisar bajo qué circunstancias se debe estimar que existe fraude a la ley, pues con este concepto del fraude a la ley se puede llegar al extremo de considerar que un determinado resultado práctico SOLO se puede alcanzar mediante las fórmulas sacramentales que el derecho haya previamente sancionado, cosa que se contradice ampliamente con el principio de la autonomía de la voluntad que nuestro ordenamiento jurídico consagra expresamente.

En general, la doctrina alemana estima que existe fraude a la ley "cuando el resultado que la ley rechaza se alcanza por otro camino que no ha previsto y cuando precisamente resulta de la finalidad de la norma que ésta ha tratado de impedir de manera general un resultado determinado, en lugar de limitarse a prohibir que se alcance por medio de una determinada forma negocial."[309 A].

La definición contiene varios elementos que es necesario considerar: (1) En primer lugar debe existir un resultado que la ley rechace. La fórmula que haya empleado el legislador para impedir que se produzca ese resultado no necesariamente debe ser mediante una disposición "prohibitiva"; puede ser también imperativa de requisitos o puede consistir en cualquier otra fórmula que contenga o sea demostrativa de la intención del legislador de impedir un determinado resultado; (2) En segundo lugar, el resultado que la ley rechaza se debe haber alcanzado por otros medios que el legislador no previó directamente, pues no puede exigírsele a éste que imagine todos los caminos que pueden conducir a una determinada situación jurídica. Pero si, por el contrario, los hubiere previsto, no puede estimarse que existe fraude a la ley, pues al haber dejado subsistentes esos caminos, implícitamente está autorizando que el resultado que rechaza se alcance por esta vía, con lo cual tampoco el rechazo es absoluto; y (3) En tercer término, es necesario que el legislador haya tratado de impedir de manera general y absoluta que se obtenga un determinado resultado. Lo que la norma debe reprochar es el resultado y no la forma en que se alcance. Muchas veces nos encontramos con normas jurídicas que prohíben que un resultado determinado se alcance por uno o más medios específicos. Mas, en estos casos, lo que el legislador reprueba son los medios y no el resultado. En esto se

---

tres: 1) Empleo de un negocio distinto o de una combinación de actos jurídicos; 2) Modificación de las condiciones de hecho; y 3) Interposición de personas. Véase sobre el particular la obra de Ferrara. "La Simulación", op. cit., págs. 80 y 81.

309 Ferrara, "La Simulación", op. cit., pág. 79.

309 A Serick, op. cit., pág. 44.

debe ser extremadamente prudente, pues resulta muy fácil imponer a ultranza formalidades o darle a éstas un carácter absoluto, en circunstancias que el legislador sólo las ha impuesto cuando se usan determinados medios y no las exige cuando se usan otros.

En los casos de burla al contrato, los requisitos anteriores deben aplicarse al contrato mismo a fin de desprender de las estipulaciones contenidas en él, y evidentemente de la voluntad de las partes, que el resultado que la convención rechaza se ha alcanzado por otros medios que no ha previsto y que ha sido la voluntad de las partes impedir de una manera general y absoluta que ese resultado se alcance cualquiera sea la vía utilizada. En estos casos, se ha producido un fraude al contrato, pero se ha producido evidentemente un fraude a los artículos 1.545 y 1.546 del Código Civil.

En los casos de otros daños causados fraudulentamente a terceros, los requisitos para que se configure el fraude a la ley deben ser aplicados a la norma jurídica que debiera regir el caso. Esto significa que se debe analizar esa norma en términos de extraer una conclusión definitiva, a saber: si la disposición o regla contenida en ella debe ser aplicada a todos los casos en que se den los supuestos de hecho que considera o, por el contrario, solamente se aplica cuando dichos supuestos se presentan en una determinada forma negocial o jurídica.

141. LA UTILIZACIÓN DE LA FORMA DE LA PERSONA JURÍDICA NO CONSTITUYE SIMULACIÓN

El acto jurídico en fraude a la ley y la utilización abusiva de la estructura formal de la persona jurídica no es una figura de simulación.

La naturaleza del acto *in fraudem legis* difiere sustancialmente del negocio simulado. "Estos últimos casos se caracterizan fundamentalmente por el hecho de ocultar la realidad y la existencia del acto verdadero. Sin embargo, "la ocultación ni pone ni quita nada al negocio realizado: apartando el velo engañador, queda el negocio en su verdadera esencia, en su realidad desnuda y escueta; y si este negocio resulta en contradicción con una ley prohibitiva, se tendrá en contra *legem agere,* no *in fraudem legis agere.* Contra legem: escondido, velado, oculto; circunstancia que no altera su naturaleza"[310].

El acto jurídico fraudulento no es en absoluto un negocio simulado. "Es perfectamente serio: se quiere realmente. Es más, se quiere tal como se ha realizado, con todas las consecuencias que corresponden a la forma jurídica elegida". Y se quiere realmente tanto más cuanto representa la única forma de obtener el fin práctico que la ley prohíbe[311].

Cuando el acto que la ley prohíbe realizar a los socios se ejecuta o celebra por medio de una persona jurídica que se crea para tal efecto, no se puede sostener que la asociación que dio origen a la persona jurídica es un acto

310 Ibid., págs. 81 y 82.
311 Ibid.

simulado. Por el contrario es un acto jurídico real indirecto que tiende a conseguir el mismo resultado que la ley prohíbe o al menos uno indirecto. Lo mismo se puede decir respecto del fraude al contrato.

Cuando los socios utilizan la forma societaria para impedir la aplicación de una norma jurídica que les resulta incómoda y así sustraerse a la fuerza coactiva que conlleva, no puede decirse que han creado la sociedad simuladamente. Por el contrario, la quieren realmente como único medio de obtener su cometido.

Tampoco puede sostenerse que estamos en presencia de una figura de simulación por interposición de persona, esto es, que los socios o integrantes de la persona jurídica han actuado por medio de la interposición de la misma persona jurídica a fin de que aparezca ésta y no ellos en la situación jurídica determinada. Ello no es así, la figura de simulación por interposición de persona supone necesariamente un pacto encubierto entre la persona interpuesta y el contratante que obra por su intermedio. En los casos de utilización fraudulenta de la forma de la persona jurídica no existe tal pacto encubierto, tanto más cuanto precisamente no existen personas distintas encubiertas sino que más bien esas personas constituyen en sí mismo la sociedad utilizada.

142. PROBLEMAS QUE CREA LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA POR CAUSA DE FRAUDE A LA LEY

La teoría del fraude a la ley ha engendrado siempre dos problemas insolubles: el primero, sobre el cual no existe todavía unanimidad de criterios en resolverlo, se refiere a si debe ser considerado como requisito esencial para desplazar la forma de la persona jurídica y, por consiguiente, del fraude a la ley, la intención fraudulenta; el segundo dice relación con cuál debe ser la naturaleza del mandato legal que pretende ser burlado, respetando su letra pero violándolo en espíritu.

En otras palabras, para saber si por medio de la persona jurídica se ha cometido un fraude a la ley, que autorice a desplazar la forma societaria, se requiere determinar previamente dos cosas:

a) Si se va a exigir para configurar el fraude a la ley que haya existido entre los asociados la intención de escaparse del mandato legal o contractual mediante el expediente de la persona jurídica o basta solamente un resultado contrario a los postulados de la ley;

b) Si se va a considerar infringido cualquier tipo de mandato legal o contractual o sólo alguno de ellos y en tal caso, cuál sería la naturaleza de estos mandatos.

Finalmente, los fraudes a la ley cometidos mediante la utilización abusiva de la estructura formal de la persona jurídica engendran un tercer problema que consiste en saber si se va a exigir, para determinar el fraude a la ley que se tenga, por quien comete el fraude, el control de la entidad jurídica utilizada para tales fines fraudulentos y, en tal evento, cuál sería la naturaleza del control requerido.

143. LA INTENCIÓN O ÁNIMO FRAUDULENTO COMO REQUISITO PARA DESPLAZAR LA FORMA DE LA PERSONA JURÍDICA

En las figuras mencionadas de utilización abusiva de la estructura formal de la persona jurídica, la intención o ánimo fraudulento de los agentes intervinientes consiste, básicamente, en haber obrado en la conciencia de que, utilizando la referida forma jurídica, obtienen un resultado práctico que constituye en sí mismo una violación indirecta de la ley, o de un contrato; o consiste en haber obrado en la conciencia de que, mediante la utilización de la citada estructura formal de la persona jurídica, consiguen eludir la aplicación de la norma jurídica más idónea para regir el caso concreto.

"Si de los hechos se desprende que el negocio más directo para conseguir el resultado que se desea en primer lugar hubiere sido adoptado por las partes, de no existir la prohibición legal, debe concluirse que el motivo que indujo a las partes a escoger el otro medio fue, sin lugar a dudas, escapar a la aplicación de la norma prohibitiva"[312].

Ferrara[313] ha explicado lo anterior señalando que "un elemento de la conducta fraudulenta es la intención de las partes de substraerse a la fuerza coactiva del derecho, pero no es esencial la conciencia de que se persigue un fin prohibido". En otras palabras, los socios o integrantes de la persona jurídica están conscientes de que no pueden ejecutar o celebrar por sí mismos un hecho o acto jurídico porque tal actitud resulta contraria a la ley o al contrato. Atendida esta circunstancia, deciden realizarlo por intermedio de una persona jurídica que dominan. De esta manera, estuvieron conscientes de que escapaban a la fuerza coactiva del derecho, pero es posible que creyeran que, a través de ese camino, no contradecían la prohibición.

Aclarado en qué consiste la intención fraudulenta, es preciso determinar si la deberemos considerar un requisito esencial para desplazar la forma de la persona jurídica.

Nos inclinamos por la afirmativa, aunque reconocemos que el asunto es extremadamente discutible. En este punto, el problema de la desestimación de la forma de la persona jurídica no puede ser resuelto a la luz de la teoría general del fraude a la ley, porque engendra problemas diversos. Si bien puede estimarse acertado considerar en este caso el problema como una pura cuestión de interpretación de la ley, cuando se usa la forma de la persona jurídica surge claramente un conflicto de normas jurídicas o, más bien, de instituciones jurídicas, y debe decidirse a cuál de ellos corresponde la preferencia. Y en este sentido debe tenerse presente que, al haber creado y configurado el legislador la institución de la personalidad jurídica ha realizado ya una ponderación de valores. "Esta persona debe ser respetada como un sujeto de derecho con pleno valor y

---

312 Juan de Dios Vergara Baeza. "FRAUDE A LA LEY EN EL DERECHO PRIVADO INTERNO". Memoria de prueba, 1958, pág. 45.

313 Ferrara, "La Simulación", op. cit., págs. 79 y 80.

con absoluta independencia de lo que constituya su sustrato personal". Tampoco hay que olvidar -como dice Serick- que "los miembros de la persona jurídica disponen de una pretensión para que sea protegida su confianza en la forma adoptada por la misma y que el ordenamiento jurídico ha puesto a su disposición, siempre que la hayan utilizado legítimamente"[314]. La finalidad de una norma de carácter general no puede realizarse a costa de la forma de la persona jurídica porque de lo contrario se atentaría gravemente en contra de la seguridad jurídica y de la justificada confianza puesta por los particulares en la configuración que le ha dado el legislador a la institución de la personalidad moral.

Y así como la finalidad de una norma legal no puede realizarse a costa de la forma de la persona jurídica, así tampoco puede buscarse a su costa el cumplimiento a ultranza de las obligaciones contractuales, aun cuando la interposición de la entidad moral haga inaplicable una norma jurídica apta para regular el conflicto.

Pero quien intentó utilizar abusivamente la forma de la persona jurídica para fines ilícitos, no merece ninguna protección. Por ello, si se prueba la existencia de una intención fraudulenta en los términos antes indicados, debe desplazarse la forma de la persona jurídica destruyendo los velos que impiden la aplicación del espíritu de la ley o del contrato.

144. LA INTENCIÓN FRAUDULENTA Y LA CAUSA U OBJETO ILÍCITO

La intención fraudulenta como causal legítima para desplazar la forma de la persona jurídica es algo absolutamente independiente de la institución de la causa o del objeto ilícito como causal de nulidad absoluta de los actos jurídicos. Desde luego cabe aceptar que todo acto jurídico ejecutado o celebrado en fraude a la ley adolece de causa u objeto ilícito, según se trata de una norma imperativa o prohibitiva.

Pero, no necesariamente la intención fraudulenta está constituida por la voluntad de vulnerar una prohibición legal. Muchas veces se trata de eludir obligaciones contractuales. Por otra parte, pueden existir hipótesis de fraude a la ley en que la burla a la norma jurídica se realiza, no por intermedio de actos jurídicos, sino que por la ejecución de hechos que no participan de las características de éstos.

En todos estos casos existe una evidente intención fraudulenta, pero sería absolutamente ineficaz pretender canalizarlos bajo la institución de la causa o el objeto ilícito.

La intención fraudulenta sólo autoriza a desplazar la forma de la persona jurídica, para así ponderar debidamente cuál debe ser la norma jurídica que regule el caso concreto. No autoriza, por el contrario, ni para dejar sin efecto la sociedad por causa u objeto ilícito ni para anular el contrato celebrado porque se ha abusado de la estructura formal de la persona jurídica.

---

314 Serick, op. cit., pág. 51.

145. Naturaleza del mandato legal o contractual infringido

En primer término se debe tratar de un mandato legal o convencional imperativo o prohibitivo. No cabe hacer más comentarios a este respecto.

Sin embargo, se debe advertir que para desplazar la forma de la persona jurídica, ha de resultar de la finalidad de la norma legal o contractual que ésta ha tratado de impedir de manera general un resultado determinado, en lugar de limitarse a prohibir que se alcance por medio de una determinada forma negocial [315-316].

La naturaleza del mandato prohibitivo o imperativo de la norma, esto es, si ella procura o no impedir de manera general un resultado determinado, sólo puede determinarse después de un análisis de la finalidad de la misma.

Por otra parte, el resultado no necesariamente debe ser idéntico a aquel que la ley o el contrato desean impedir; puede tratarse de un resultado similar o parecido.

146. El control de la entidad

A primera vista podría pensarse que para desplazar la forma de la persona jurídica resulta un requisito esencial la circunstancia de que aquel que pretenda abusar de ella esté en situación de controlarla o dominarla a su voluntad. Empero, ello no siempre es así. La procedencia de tal requisito depende sólo de la naturaleza del abuso, esto es, es menester determinar primero en qué consiste el abuso que se pretende cometer con el expediente de la persona jurídica para ver después si es procedente aquél. Esto significa que el control de la entidad se exigirá en la medida que sea determinante para consumar el abuso. En muchos casos no lo será. Ello ocurre, por regla general, cuando la situación de hecho en la que interviene la forma de la persona jurídica está dada y uno de los agentes intervinientes se escuda en la consabida separación entre entidad y miembros para cometer un fraude a la ley, al contrato o causar otros daños en deslealtad a terceros sabiendo que con ello obtiene una ventaja ilícita en perjuicio de otros, ventaja que no obtendría si no recurriera a ese argumento[317].

Ahora bien, en los casos en que se considere necesaria la concurrencia del requisito del control de la entidad, es menester inquerir sobre la naturaleza del control. Tampoco es posible dar una respuesta decisiva. En realidad, poco importa la naturaleza del control si, en el hecho, la persona jurídica está siendo instrumentalizada. En la mayoría de los casos, esto sucede cuando el socio ejerce

---

315 Serick, op. cit., pág. 44.

316 En este sentido se manifiesta también Lehmann, op. cit., I, pág. 283.

317 El ejemplo de Serick es revelador: "Cuando el inmueble de una sociedad inmobiliaria deba ser transmitido mediante la cesión de todas sus participaciones sociales, por haberlo convenido así las partes, y el enajenante de las participaciones, al oponerse a una demanda del adquirente fundada en defectos del inmueble, señala que se ha limitado a transmitir las participaciones sociales y no ha enajenado ningún inmueble (op. cit., pág. 245).

los derechos que le corresponden en tal calidad, obligando a la persona moral a adoptar una voluntad que permita al socio obtener sus fines ilícitos. Empero, pueden existir otras formas de dominación que no sean estrictamente jurídicas: puede existir una presión, la actitud de una persona jurídica puede ser motivada por una transacción, etc. Lo importante y lo decisivo para nosotros es que la forma de la persona jurídica sirva de instrumento para aplicarla a fines ilegales.

CAPÍTULO VI

CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

147. Conceptos generales

En relación con la capacidad jurídica o de goce, las personas morales se clasifican en personas de derecho público y de derecho privado.

En consideración a sus fines, las personas jurídicas de derecho privado se clasifican en entidades con fines de lucro y sin fines de lucro. Estas últimas se clasifican, a su vez, en aquellas que persiguen fines ideales o altruistas o sólo les anima la intención de ayudar a sus miembros.

Finalmente, en consideración a su estructura interna, las personas jurídicas de derecho privado se clasifican en corporaciones, fundaciones y personas jurídicas especiales.

SECCIÓN PRIMERA
PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO

148. Conceptos generales

Desde el momento en que se debe reconocer que no sólo existen derechos privados sino también derechos o potestades públicas, se debe admitir que existen sujetos de derecho privado y sujetos de derecho público, lo que significa, en el fondo, que estos últimos son entes titulares de potestades públicas.

"La distinción no se entiende en el sentido de que las dos categorías se muevan en una esfera absolutamente separada, en dos hemisferios distintos, sino en el sentido de que las personas de derecho público, fuera de su esfera pública, se encuentran en la esfera del derecho privado, mientras que las segundas se limitan sólo a este campo"[318].

---

318 Ferrara, op. cit., "Teoría de la Persona Jurídica", págs. 684 y 685.

De lo que se concluye, también, que las personas públicas tienen una doble capacidad: pública y privada.

Descansando la naturaleza pública de una entidad en su capacidad jurídica para ser titular de potestades públicas, es menester explicar qué se entiende por tales potestades y qué es lo que significan.

La distinción entre el derecho público y privado reposa o descansa en la diversa posición de los sujetos en la relación jurídica, "habiendo relación pública cuando el sujeto interviene como portador de potestades supremas, investido de "imperium", mientras que en la relación privada los sujetos se contraponen en condiciones de paridad, en un pie de igualdad"[319].

Se desprende entonces que existen potestades públicas allí donde unos arbitrios pueden ser impuestos coactivamente, "allí cuando se tiene señorío de mando, cuando puede desarrollarse una voluntad imperante que vincula a todos los demás a la obediencia"[320].

Y como lo público se identifica con el Estado, puesto que fuera del Estado nadie puede poseer potestades públicas, son personas jurídicas de derecho público aquellas que participan de los caracteres estatales, de cualidades o prerrogativas que son exclusivas y esenciales del Estado.

Debe destacarse que no se trata de funciones o fines públicos sino de los medios y poderes para cumplirlos. En muchas ocasiones encontraremos actividades que realiza el Estado y que son de interés general, pero sin embargo, los que realizan tales actividades siguen siendo privados, porque en el ejercicio de tal actividad se encuentran en condiciones de igualdad con los demás sujetos.

De acuerdo con el inciso 2° del art. 547 son personas jurídicas de derecho público el Fisco, las Municipalidades, las Iglesias, las Comunidades Religiosas y los establecimientos que se costean con fondos del erario. Analizaremos a continuación estas personas jurídicas.

149. El Estado o Fisco

"El Estado representa la organización política, jurídica y económica de la sociedad nacional y constituye la fuente de todo el derecho; por ello es la persona jurídica por excelencia y se fija a sí misma las condiciones para el desarrollo de su actividad y aquellas para el desarrollo de toda actividad pública y privada"[321].

Ahora bien, cuando el Estado interviene como titular de potestades públicas suele denominársele "Estado"; y cuando interviene como titular de derechos subjetivos privados, esto es, cuando interviene como titular de capacidad patrimonial, se le denomina Fisco. Y así encontraremos numerosas leyes en las que, al referirse al Estado, se utiliza la palabra Fisco, que, como se ha dicho, alude al Estado en su capacidad patrimonial.

---

319 Ibid., p. 692.
320 Ibid., p. 694.
321 Vodanovic Antonio, op. cit., I, Vol. II, p. 307.

La distinción entre Estado y Fisco designa también la calidad en que interviene en la actividad jurídica. Si lo hace ejerciendo una potestad pública, esto es, cuando hace uso de su señorío de mando, cuando hace uso de una voluntad imperante que vincula a todos los demás a la obediencia, se denomina Estado. Sin embargo, cuando se presenta en la esfera jurídica como sujeto igualitario, como cualquiera otra persona jurídica ejerciendo los derechos y las obligaciones que el ordenamiento jurídico establece, se denomina Fisco.

Hay algunos autores[322] que han querido desprender de esta dualidad una doble personalidad del Estado. En otras palabras, el Estado es persona jurídica de derecho público y es persona jurídica de derecho privado según actúe como Estado o como Fisco. Empero, la doctrina moderna[323] ha objetado esta posición que sólo sería admisible si se demostrara o comprobara la duplicidad de finalidades u objetivos del Estado, cosa que la misma doctrina moderna niega y considera al Estado como ente único y con fines únicos y que, para desarrollos, obra en diversa esfera jurídica, ya sea presentándose como sujeto igualitario y utilizando su capacidad patrimonial, ya sea actuando como autoridad imperante. Sin embargo, siempre pretenderá objetivos únicos constituidos por los fines del Estado.

Para la doctrina moderna, en consecuencia, el Estado tiene una personalidad jurídica única de derecho público, lo que no le inhibe para tener capacidad de goce, esto es, para presentarse en la esfera jurídica como titular de derechos y de obligaciones.

150. LAS MUNICIPALIDADES

Las Municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas (art. 16 y 18.695).

Algunos tratadistas pretendieron negar la personalidad jurídica del municipio, sosteniendo que participaba solamente de la personalidad general del Estado. Sin embargo, otros autores han sido categóricos en afirmar la personalidad jurídica del municipio.

Creemos que las municipalidades deben ser consideradas como personas jurídicas de derecho público, pues, de lo contrario, no se podría explicar, al menos desde un punto de vista jurídico, la capacidad de goce que indudablemente ostentan; más aún dado los claros términos de la ley 18.695.

La representación judicial y extrajudicial de las municipalidades se encuentra radicada en el alcalde (art. 53 letra a, ley 18.695).

322 Laband y Jellinek, ambos citados por Vodanovic, op. cit., pág. 305.
323 Ferrara, op. cit. "Teoría de la Persona Jurídica", pág. 838.

151. ESTABLECIMIENTOS QUE SE COSTEAN CON FONDOS DEL ERARIO

El inciso 2° del artículo 547 incluye dentro de las corporaciones y fundaciones de derecho público a "aquellos establecimientos que se costean con fondos del erario". Sin embargo, del precepto aludido no puede desprenderse que todo establecimiento que se costea con fondos del erario sea una persona jurídica de derecho público.

Además, hay establecimientos que se costean con fondos del erario que no son siquiera persona jurídica, a la vez que hay instituciones jurídicas privadas que reciben un auxilio fiscal o municipal fijo, lo que no significa que tengan personalidad jurídica de derecho público.

En realidad, son personas jurídicas de derecho público los "establecimientos públicos". Éstos son ramas de los servicios generales del Estado o Municipio y que se han desprendido del conjunto para erigirse en órganos dotados de una vida propia. Son sujetos de derecho distintos del Estado considerado como persona jurídica, pero son parte de la misma administración y desde el punto de vista administrativo forman parte de toda la organización estatal. De modo que desprendiéndonos de las formas, debemos llegar a la conclusión de que participan de los caracteres esenciales del Estado.

152. IGLESIAS Y COMUNIDADES RELIGIOSAS

Entre las personas jurídicas de derecho público que se enumeran, por vía ejemplar, el inciso 2° del artículo 547 del Código Civil, incluye a las Iglesias y a las comunidades religiosas.

A pesar de que nuestro Código Civil habla en forma general y sin distinguir el tipo de culto de que se trata, se debe concluir necesariamente que se refiere a la Iglesia Católica, Apostólica y Romana, puesto que, bajo la sola vigencia del Código Civil, ésta era la única que podía existir por expresa disposición de la Constitución vigente en aquella época.

Por iglesia se entienden las distintas subdivisiones de la Iglesia Católica universal a las que el Derecho Canónico reconoce personalidad: Iglesia Catedral, iglesias parroquiales, etc.

Por corporaciones religiosas debe entenderse lo que para el Derecho Canónico se denominan religiones. La religión es "la asociación aprobada por la autoridad eclesiástica legítima y cuyos miembros pronuncian según las reglas propias de cada asociación, votos públicos perpetuos o temporales, renovables, tendientes a la perfección evangélica".

Las religiones se subdividen, a su vez, en órdenes y congregaciones: las primeras son religiosas de voto solemne; las segundas son los votos simples, perpetuos o temporales[324].

La parte final del inciso 2° del artículo 547 establece expresamente que las

---

324 Vodanovic, op. cit., p. 311.

personas jurídicas de derecho público se rigen por leyes y reglamentos especiales. Aplicando esta disposición para el caso de la Iglesia Católica y de las comunidades religiosas, se debe llegar a la conclusión de que las leyes y reglamentos especiales que las rigen son sus constituciones y leyes canónicas. Así se ha fallado[325].

La importancia de que a las iglesias y comunidades religiosas católicas se les reconozca personalidad jurídica de derecho público radica, entre otras cosas, en el hecho de que dichas comunidades e iglesias no necesitan, para adquirir personalidad jurídica, de la aprobación de los estatutos por parte del Presidente de la República o mediante una ley, como lo requieren las demás personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro. Les basta con cumplir los requisitos y formalidades exigidas por el Derecho Canónico para la atribución de dicha personalidad.

Como consecuencia de lo anterior, las iglesias y las comunidades religiosas católicas pueden adquirir bienes y ejercer los derechos de dominio o de cualquier otra naturaleza sin que, para ello, la ley o el Presidente de la República haya autorizado su existencia como persona jurídica.

La jurisprudencia de los Tribunales ha sido uniforme en el sentido de reconocerles a las iglesias y comunidades religiosas católicas su personalidad jurídica de derecho público y, por ende, su capacidad para adquirir bienes; con posterioridad, incluso, a la promulgación de la Constitución de 1925, que dejó de reconocer a la religión católica como única religión del Estado.

Como en nuestra legislación positiva se da un régimen de separación entre el Estado e Iglesia, las colectividades e instituciones eclesiásticas deberían considerarse como establecimientos privados de utilidad pública, en los que el poder político debe ciertamente interesarse, pero que, sin embargo, viven en una esfera independiente y por consiguiente en condiciones de paridad con las demás entidades privadas[326].

Pero independientemente al problema de la separación entre Estado e Iglesia e incluso circunscribiéndonos a lo estrictamente jurídico, se debe reconocer que la Iglesia Católica es una institución que trasciende, con creces, lo que en el campo jurídico se entiende por una "corporación" o una "fundación". En este sentido, y aun cuando la religión católica haya dejado de ser la religión oficial y única del Estado de Chile, se debe reconocer, también, que no ha dejado de ser la religión mayoritaria del pueblo chileno y, además, que es aquella que con más autoridad puede atribuirse la titularidad de la exposición y defensa de los principios que forman la civilización occidental, los cuales, sin duda, han inspirado todo nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, no existe peligro alguno, desde el punto de vista del derecho, para reconocer a las iglesias y comunidades religiosas católicas como personas jurídicas de derecho público y, por consiguiente, otorgarles la

---

325 Corte Suprema, 9 de agosto de 1964, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", Tomo 42, sección primera, p. 244.

326 Ferrara, op. cit., "Teoría de la Persona Jurídica", p. 839.

posibilidad de regirse por leyes y reglamentos especiales que, incluso, no reconozcan su origen en el poder político.

153. Aplicación a los entes públicos de las normas de derecho privado

La jurisprudencia uniforme de nuestros Tribunales ha reconocido que cuando el Estado actúa en la órbita del derecho privado se rige por las leyes del mismo derecho privado. A este respecto, ha señalado que "el Estado, cuando contrata con un particular, ejecuta un acto de gestión privada que queda sometida al derecho privado, pues no procede como poder público, sino que se desprende de su facultad potestativa para pasar a ser sujeto de aquel derecho en iguales condiciones que su contratante"[327].

En otras palabras, el derecho público rige la actividad de imperio del Estado. El derecho civil domina su actividad privada. La responsabilidad civil del Estado o de otros entes públicos en el desarrollo de su actividad privada se logrará a semejanza de las demás personas jurídicas. En cambio, en la actividad pública la responsabilidad del Estado se regulará por principios propios, como veremos enseguida.

Pero, ¿qué se entiende por actividad privada de los entes públicos y qué es lo que significa actividad pública de los mismos?

Una parte de la doctrina entiende por actividad privada aquella actividad económica, gestión de patrimonio, o satisfacción de los intereses particulares. Es más, se ha señalado que la actividad privada sería la actividad patrimonial del fin egoísta en circunstancia que la actividad pública sería la actividad del interés general, para satisfacción de un interés público.

Sin embargo, no basta decir que el Estado posee bienes y dispone de ellos, que obra como acreedor, como deudor, etc., para llegar a la conclusión de que no tiene imperio y por consiguiente que no ejerce la actividad pública. Porque en tales objetos la actividad del Estado no se desarrolla con el puro carácter y para los fines de la disposición de los bienes patrimoniales, sino con formas, motivaciones y fines de carácter político. Los actos analizados no tienen nunca carácter y fines de utilidad pública, sino siempre serán invariablemente de utilidad pública; por consiguiente, todos los actos del Estado son de gobierno, son actos administrativos sin excepción, aun cuando una serie de ellos por una garantía política se realice bajo el régimen del derecho privado[328].

En otras palabras, el Estado jamás actúa con el fin de satisfacer intereses particulares. Luego, no podemos entender por actividad privada del Estado aquella que se relaciona con la gestión de su patrimonio.

En realidad, no es el fin lo que caracteriza la actividad, sino los medios que

---

327 Corte Suprema, 30 de noviembre de 1923, Revista, T. 22, sección 1ª, p. 681; Corte de Santiago, 8 de junio de 1923, Revista, T. 40, sección 2ª, p. 50; Corte Suprema, 9 de agosto de 1944, Revista, T. 42, sección 1ª, p. 244.

328 Ferrara, op. cit., p. 45.

se emplean para conseguir el fin. La intención económica o ideal, egoísta o altruista, es indiferente para la calificación de la actividad jurídica en privada o pública. Porque puede existir un fin económico y, sin embargo, existir una actividad de derecho público y viceversa, un fin de utilidad pública, y una actividad privada. La distinción entre la acción privada y la acción pública del Estado se dibuja de igual modo que la de derecho privado y público, según se ha visto.

Para distinguir entre las dos esferas mencionadas, hay que atender a la posición de los sujetos en la relación jurídica.

Cuando los entes se ponen respectivamente entre sí en un pie de igualdad, con iguales derechos y deberes, y obra fundándose en declaraciones de voluntad libremente aceptadas, entonces nos encontramos en la esfera del derecho privado.

El derecho privado, en suma, es el derecho igualitario; el derecho público es el derecho autoritario; la actividad pública no es la que está dirigida a un fin público o al cumplimiento de servicios públicos, sino que es la actividad de imperio, es decir, aquella actividad que se desarrolla por vía de providencia, de órdenes, de decisiones con carácter coactivo, y que no encuentra ejemplo en la acción desarrollada por los entes privados[329].

Cuando el Estado actúa ejerciendo su facultad de imperio, ora ordenando o prohibiendo un acto, ora imponiendo obligaciones patrimoniales (impuestos o tasas) o límites o sacrificios a la persona y a la propiedad, entonces el Estado desarrolla su actividad pública, sus actos quedan sujetos al derecho público y la responsabilidad por ellos no queda regida por la responsabilidad civil consagrada en el derecho privado, sino por normas especiales estatuidas para el caso de la responsabilidad de los entes públicos.

SECCIÓN SEGUNDA
PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO

154. Conceptos generales

Las personas jurídicas de derecho privado se clasifican, atendiendo a sus fines, en personas jurídicas con fines de lucro y sin fines de lucro.

Asimismo, atendiendo a su estructura interna, se clasifican en corporaciones, fundaciones y personas jurídicas especiales.

A continuación desarrollaremos las clasificaciones aludidas.

155. Personas jurídicas con fines de lucro

Una persona jurídica tiene fines de lucro cuando persigue una ganancia

---

329 Ibid.

pecuniaria o material, que aumenta la fortuna de los socios. En otras palabras, hay fines de lucro cuando la persona jurídica reparte las utilidades que haya obtenido entre sus miembros, socios o integrantes.

Por el contrario, una persona no tiene fines de lucro cuando las utilidades o ganancias que obtenga en el desarrollo de su actividad no pueden repartirse entre los miembros o integrantes de la misma persona jurídica.

En resumen, si hay reparto de utilidades hay persona jurídica con fines de lucro; si no hay reparto de utilidades hay persona jurídica sin fines de lucro.

Si una persona jurídica sólo tiene por objeto evitar pérdidas o realizar economías, que favorezcan o beneficien a los socios o integrantes de la misma, pero no reparte las utilidades que obtenga en el desarrollo de su actividad, esa persona jurídica es sin fines de lucro y, por consiguiente, podrá organizarse como tal, esto es, bajo la forma de una corporación, de una fundación, de una cooperativa, de un sindicato, de una asociación gremial, etc., según sea la naturaleza de sus fines y la estructura interna que los socios o integrantes le quieran dar.

La conclusión anterior, en un principio sostenida por Guillermo Correa Fuenzalida[330], encuentra su apoyo en el hecho de que nuestro propio ordenamiento jurídico considera a los sindicatos y a las cooperativas como personas jurídicas sin fines de lucro, en circunstancias que los primeros, por definición, tienen por objeto la ayuda mutua; y, los segundos, también por definición, tienden a prestar ayuda a sus asociados y promover la cooperación mutua entre los miembros, circunstancias que, en ningún caso, excluyen el beneficio o ayuda económica.

Las personas jurídicas con fines de lucro son las sociedades o compañías. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 2.053 del Código Civil, la sociedad es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan. La sociedad -continúa el citado artículo- forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados.

Las sociedades se clasifican en civiles y comerciales, según sea la naturaleza del objeto social; en sociedades de personas y de capital, según sea la importancia que se le asigna a la persona de los socios o al capital aportado por éstos; y, finalmente, en sociedades colectivas, anónimas, de responsabilidad limitada, en comanditas simples y por acciones, todo ello según sea la organización interna de la entidad y las modalidades de sus relaciones con terceros.

En el día de hoy, las más importantes personas jurídicas, tanto por la frecuencia con que es posible encontrarlas como por la magnitud de los intereses económicos y jurídicos que involucran, son las sociedades o compañías.

330 Correa Guillermo: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 49, pág. 13.

156. PERSONAS JURÍDICAS SIN FINES DE LUCRO

Como lo hemos señalado precedentemente, son personas jurídicas sin fines de lucro las corporaciones, las fundaciones y algunas otras personas jurídicas especiales como las cooperativas, los sindicatos y las asociaciones gremiales. No tienen fines de lucro porque no pueden repartir las utilidades que obtengan de su actividad entre sus distintos socios o miembros.

A continuación, analizaremos las corporaciones y fundaciones.

157. CORPORACIONES Y FUNDACIONES

Nuestro Código Civil no define lo que debe entenderse por corporaciones y fundaciones. Sin embargo, del examen de las disposiciones que las reglamentan, se pueden desprender algunos elementos para la definición de las mismas.

Las corporaciones son colectividades de personas asociadas para conseguir un fin no lucrativo y común de ayuda a sus miembros, con medios propios y dotadas de personalidad jurídica.

Las fundaciones son establecimientos y obras creadas por una persona, habiéndoseles dotado de un patrimonio a tal objeto destinado, y conformándose en su acción a un estatuto establecido en el acta de constitución.

De las definiciones precedentes se llega a la conclusión de que las diferencias entre corporación y fundación son las siguientes:

a) La corporación está constituida por un círculo de interesados. En cambio, la fundación carece de un núcleo de interesados internos, esto es, que formen parte de la misma persona jurídica. En el lugar de los interesados o miembros, en las fundaciones encontramos una obra o establecimiento. El móvil que constituye la corporación parte de los mismos socios o integrantes, mientras que en las fundaciones el estímulo viene de fuera, de la orden del fundador. De lo que se concluye que las corporaciones tienen miembros y las fundaciones carecen de los mismos;

b) Como consecuencia de lo anterior, el patrimonio de la corporación es suministrado por los miembros. En cambio, el patrimonio de la fundación viene del fundador y está destinado al fin de la misma fundación;

c) La voluntad de los miembros de la corporación es decisiva para el ulterior desenvolvimiento de la misma, toda vez que son los miembros los que sustentan la persona jurídica. En cambio, en la fundación, el fin del patrimonio está determinado para siempre por la voluntad del fundador. De esta manera, la corporación tiene órganos dominantes y la fundación órganos sirvientes.

158. PERSONAS JURÍDICAS MIXTAS

El artículo 547 del Código Civil, después de señalar que las personas

jurídicas son de dos especies, esto es, corporaciones y fundaciones de beneficencia pública, señala que "hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter".

En otras palabras, el Código Civil reconoce que pueden existir personas jurídicas que, en su esencia, reúnan los requisitos tanto de las corporaciones como de las fundaciones. De esta manera, es posible que existan las siguientes clases de personas jurídicas mixtas:

a) Corporaciones de tipo fundacional; y

b) Fundaciones de tipo corporativo.

En las primeras, la persona jurídica se presenta con base y tejido de una verdadera corporación, la cual, sin embargo, por las funciones que ejerce no parece que tenga como sustrato un grupo de interesados que persigue un fin común o propio, de ayuda mutua, sino uno mucho más elevado y trascendente; de tal forma que, aparecen implantadas o forjadas por la voluntad superior, por un interés extraño a los mismos asociados y adquieren, por este motivo, un sello fundacional.

Creemos que revisten tal carácter, por ejemplo, las universidades, con exclusión de la Universidad de Chile que es una persona jurídica de derecho público y la de la Universidad Católica, que participa de la personalidad jurídica de derecho público de la Iglesia Católica.

En las segundas, estructuralmente existe una verdadera fundación. Sin embargo, si se penetra en el sustrato de la misma persona jurídica, se puede distinguir alguno de los siguientes elementos:

El gobierno y administración de la fundación se encuentra confiado a un cuerpo electivo en el seno de los mismos interesados; o

Aun gobernada o administrada por terceros, aprovecha a un círculo cerrado de destinatarios, los que contribuyen con sus expensas, a conseguir dicha ventaja.

CAPÍTULO VII

CONSTITUCIÓN, ESTRUCTURA Y RELACIONES INTERNAS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

SECCIÓN PRIMERA
PARTE GENERAL

159. EL ACTO JURÍDICO QUE LES DA ORIGEN A LAS PERSONAS JURÍDICAS CON BASE CORPORATIVA, RESOLUCIÓN Y NULIDAD

Entendemos por personas jurídicas con base corporativa aquellas que tienen como sustrato personal una colectividad de individuos. Caben dentro del concepto las corporaciones, las sociedades cooperativas, las asociaciones y comunidades de canalistas y las sociedades civiles y comerciales cualquiera sea su naturaleza.

El acto constitutivo de una persona jurídica contiene la declaración común de voluntad de sus miembros en orden a unirse en asociación, a formar un todo colectivo, al cual cada uno se declara pertenecer como miembro subordinado.

El acto jurídico que da origen a las personas jurídicas con base corporativa fue concebido por la doctrina antigua, incluyendo a nuestro Código Civil, como un contrato; y dentro de la clasificación de éstos como un contrato bilateral. Era un contrato, puesto que, en principio, cada uno de los individuos que intervenían en el acto constitutivo se obligaban a dar, hacer o no hacer alguna cosa (art. 1.438 del Código Civil). Era bilateral, puesto que, también en principio, todas las partes resultaban obligadas (art. 1.439 del Código Civil). Sin embargo, la doctrina moderna empezó a cuestionar este aserto basada principalmente en la idea de que el acto constitutivo no es un contrato de eficacia personal, puesto que sus efectos no estriban principalmente en la creación de relaciones creditorias sino en el establecimiento de un sujeto de derechos y de las relaciones de participación de sus miembros[331]. Esta peculiaridad jurídica del acto constitutivo hacía que las

331 Von Thur, Andreas (DERECHO CIVIL, TEORÍA GENERAL DEL DERECHO CIVIL ALEMÁN, Editorial Depalma, 1946), Volumen I, Tomo 2, pág.137.

diversas definiciones de contrato y de contrato bilateral no calzaran precisamente con las definiciones legislativas. Así, en nuestro Código Civil, si bien parte de las definiciones de los artículos 1.438 y 1.439 calzan con el concepto de acto constitutivo la otra parte de las mismas no lo hace, pues los diversos individuos que intervienen en aquél no se obligan recíprocamente los unos para con los otros sino que todos ellos en una dirección común.

Esto hizo que, en un principio, la doctrina moderna representada fundamentalmente por Gierke[332] designara al acto constitutivo social como ajeno a la categoría de los contratos y de los negocios jurídicos y con posterioridad, como formando parte de una categoría especial de los negocios jurídicos bajo la denominación de "actos colectivos". Ahora bien, excluir al acto constitutivo de la categoría de los contratos constituye a nuestro juicio un error puesto que, en realidad, ambos gozan de la misma estructura y naturaleza y sólo se diferencian en aspectos que si bien no son esenciales, ameritan sí, bajo ciertos respectos, una consideración y un tratamiento diverso.

La teoría del acto colectivo carece de una definición clara en doctrina. Bajo tal denominación pretenden agruparse numerosos actos jurídicos que tienen en común el hecho de constar de diversas declaraciones idénticas y paralelas formuladas frente a terceros por un grupo de personas que, en principio, no concluyen un contrato entre sí. Tales serían -para los partidarios de esta doctrina- las deliberaciones de los órganos colegiados de las personas jurídicas y el acto constitutivo de las mismas. La contraposición entre acto colectivo y contrato se suele fundar en dos observaciones: a) Por una parte, se dice que los efectos del contrato afectan las relaciones jurídicas de los contratantes, mientras que el acto constitutivo produce un efecto que excede los límites de las esferas jurídicas de aquéllos, esto es, da nacimiento a una persona jurídica. Tal afirmación es, a nuestro juicio, insuficiente para fundamentar la postura tanto porque existen contratos que producen efectos jurídicos que escapan a la esfera de los contratantes, como la estipulación en favor de otro, cuanto porque el acto constitutivo crea evidentemente relaciones jurídicas entre los miembros o socios de la persona jurídica; y b) Por otra parte, se dice que el acto colectivo constituye un conjunto de declaraciones unilaterales paralelas que cada socio o miembro no emite frente a los demás como en los contratos sino junto con ellos. Tampoco esta afirmación es enteramente válida, porque se debe reconocer que las distintas declaraciones de voluntad de los socios o miembros han sido emitidas en tanto cuanto los demás las han emitido también. No se trata, por ende, de actos puramente unilaterales

En realidad, no creemos que el acto constitutivo de las personas jurídicas con base corporativa sea algo distinto a un contrato. Lo único que tiene de peculiar es que es difícil encuadrar este contrato dentro de la clasificación de unilaterales y bilaterales, pues las partes no contraen obligaciones propiamente recíprocas. Por ello, la doctrina moderna ha agregado a dicha clasificación una

332 Gierke, citado por Von Thur, op. cit., pág. 137.

tercera categoría de contratos, que es la de los plurilaterales. "Los contratos plurilaterales se caracterizan porque participan generalmente más de dos partes, y aunque haya dos se mantiene siempre la posibilidad de aumentar el número de ellas, y en este contrato cada parte contrae obligaciones y adquiere derechos, no de otra parte, sino de todas las otras partes, de suerte que puede decirse que las partes de este contrato sui generis, se encuentran situadas en un círculo, mientras que en los demás contratos lo ésta en los dos extremos de una línea"[333].

Por no tratarse de un contrato bilateral, no le resultan enteramente aplicables las normas propias de los contratos bilaterales, principalmente aquellas contenidas en los artículos 1.489 y 1.552 del Código Civil, a saber, la condición resolutoria tácita y la excepción de contrato no cumplido. Esto significa que la inejecución de las obligaciones de uno de los socios o miembros no trae consigo, necesariamente, el derecho a pedir la resolución del acto constitutivo así como tampoco impide a las demás partes caer en mora. A lo sumo, se podrá pedir la resolución del vínculo jurídico que une al socio o miembro incumplidor con las demás partes. Sobre este propósito, se debe advertir, sin embargo, que en el caso de las sociedades civiles, existe el artículo 2.101 del Código Civil que establece: Si cualquiera de los socios falta por su hecho o culpa a su promesa de poner en común las cosas o la industria a que se ha obligado en el contrato, los otros tendrán derecho a dar la sociedad por disuelta.

Tampoco podemos asegurar de una manera categórica que los vicios de la voluntad o la incapacidad de uno de los contratantes produzcan la nulidad del acto constitutivo si las demás partes no han incurrido en igual o distinta causa de ineficacia. Creemos a este respecto que las normas jurídicas aplicables deben interpretarse con mayor latitud, por cuanto las diversas declaraciones de voluntad que forman dicho acto jurídico no necesariamente han sido emitidas teniendo en consideración aquella que adolece de nulidad, de suerte que la existencia, inexistencia, nulidad o validez de una de las declaraciones puede que no sea relevante para la validez de las demás. Sin embargo, atendidas las normas de nuestro Código Civil sobre vicios de la voluntad y nulidad, creemos que no se puede efectuar distinciones de esta naturaleza, a menos que se sostenga que no existe norma jurídica que regule la cuestión debatida, dado que las que existen no fueron pensadas para los contratos plurilaterales y que, por ende, sólo pueden aplicarse los principios generales del derecho y la equidad natural. Debe en todo caso considerarse la disposición contenida en el artículo 1.420 del Código Civil Italiano que dispone: "En los contratos con más de dos partes en los que las prestaciones de cada una de ellas van dirigidas a la consecución de un fin común, la nulidad que afecte al vínculo de una sola de las partes no importará la nulidad del contrato, salvo que la participación de ella deba considerarse, de acuerdo con las circunstancias, como esencial".

---

333 Felipe de Solá Cañizares, "TRATADO DE DERECHO COMERCIAL COMPARADO", III (Ed. Montaner y Simón S.A., Barcelona, 1963), pág. 53.

160. MODIFICACIONES AL ACTO CONSTITUTIVO. TRANSFORMACIÓN DE LA ENTIDAD

En el caso de las sociedades, es principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico el hecho de que sus socios puedan modificar sus estatutos cuantas veces quieran, a fin de adaptarlos a sus necesidades actuales.

En el caso de las corporaciones y de las sociedades que requieren autorización de existencia por parte de la autoridad, las modificaciones estatutarias deben cumplir los mismos requisitos exigidos para constituir la persona jurídica.

Ahora bien, dentro de nuestro régimen jurídico es posible practicar o introducir cualquier modificación al estatuto. En las sociedades de personas, estas modificaciones al acto constitutivo no pueden, salvo cláusula estatutaria expresa, tener lugar más que por unanimidad; en las corporaciones y en general en las sociedades de capitales, la modificación del estatuto se efectúa en una asamblea extraordinaria de socios o accionistas y con mayorías especiales.

En el caso de las sociedades anónimas, ciertas modificaciones introducidas a los estatutos dan derecho al accionista disidente para ejercer su derecho a retiro conforme lo indicado en el artículo 69 de la Ley 18.046.

Sin el voto conforme de los socios o accionistas respectivos, no pueden introducirse por mayorías especiales, modificaciones al estatuto corporativo de una corporación o sociedad de capitales que importen una alteración de los derechos individuales de éstos que el estatuto originario establecía en su favor. Tales derechos deben emanar de cláusulas expresas y no deducirse de la posición que el socio ocupa atendida la distribución del capital de la entidad, por ejemplo.

Por la vía de la modificación estatutaria puede resultar una transformación de la entidad, que consiste, básicamente, en un cambio, en una mutación del tipo corporativo o social. Así, una sociedad anónima se puede transformar en una sociedad de responsabilidad limitada; una corporación, en una cooperativa.

En todos estos casos, la doctrina está de acuerdo en reconocer que la transformación no hace desaparecer a la persona, así como no la hace desaparecer la modificación de los otros elementos del contrato social. La persona jurídica sigue siendo la misma, aunque haya variado su formato externo o interno.

Sin embargo, ninguna modificación estatutaria podría afectar o vulnerar los derechos de terceros. Así, si una sociedad colectiva se transforma en una sociedad de responsabilidad limitada, los socios no podrían oponer a los terceros que contrataron con la sociedad antes de la transformación, el beneficio de la limitación de responsabilidad que adquirieron después. Lo mismo puede decirse en el caso de una disminución del capital social en el caso de una sociedad de responsabilidad limitada o una anónima.

Este tipo de actos son inoponibles a los terceros, quienes tienen el derecho para exigir que se respete el statu quo jurídico que existía al momento de la contratación.

Por otra parte, la actitud que los terceros podrían adoptar para resguardar sus intereses varía según los varios casos. La transformación de una sociedad colectiva en sociedad de responsabilidad limitada podría ser ciertamente

desconocida por los acreedores. En cambio, una disolución anticipada de la entidad que provoque perjuicio a los acreedores, podría ser atacada mediante la acción pauliana o revocatoria.

La protección de los terceros está expresamente establecida para el caso de las corporaciones en el artículo 548, inciso 2 del Código Civil que prescribe: "Todos aquellos a quienes los estatutos de la corporación irroguen un perjuicio, pueden recurrir al Presidente de la República para que, en lo que perjudicaren a terceros se corrijan, y aun después de aprobados les quedará expedito su recurso a la justicia contra toda lesión o perjuicio que de la aplicación de dichos estatutos se les haya resultado o pueda resultarles".

161. EL STATUS O POSICIÓN DE MIEMBRO EN LAS PERSONAS JURÍDICAS

La doctrina moderna, cuando se refiere a la relación que existe entre miembro y persona jurídica o entre socio y sociedad, prefiere hablar de status más que de relación jurídica. Para Ascarelli[334] por ejemplo, "a diferencia de lo que tiene lugar en las relaciones jurídicas, entre socio y sociedad, la relación no se produce entre dos sujetos independientes y contrapuestos, ya que uno de los sujetos (socios) puede considerarse casi parte del segundo (sociedad). Estamos -dice- en un campo que no es el de la relación jurídica, sino más bien, en el de los presupuestos de las relaciones jurídicas, las cuales podrán nacer después, o concurriendo ulteriores elementos, o más raramente, por la sola concurrencia del presupuesto".

Con esto del status se quiere decir que los derechos y obligaciones del socio o miembro pueden ser de la más diversa naturaleza y, no obstante dicha diversidad, el concepto jurídico de la posición de socio no cambia, porque esta condición no se identifica con uno o varios de los derechos y obligaciones sino que, por el contrario, esa posición es la que posibilita, la que sirve de presupuesto para que nazcan determinados derechos y obligaciones. De esta forma, el concepto de socio o miembro de una persona jurídica se asemeja al de persona, porque ambos constituyen el presupuesto de relaciones jurídicas sin que ninguna de ellas les sea consubstancial. Nadie puede decir con algún fundamento que el concepto de persona sea una relación jurídica. Es una categoría jurídica, pero no una relación. Lo mismo ocurre con la condición de socio. Se es socio o no se es; pero nadie puede concluir algo respecto a ello examinando los derechos y obligaciones que un individuo tiene, porque, de tenerlos, los tiene en virtud de su condición de socio y no por otra razón. En este sentido, es inconcebible el ejercicio de los derechos de miembro por parte de una persona que no sea socio o que no sea causahabiente a título universal o singular del socio. Lo único que puede hacernos dudar al respecto es el derecho a percibir, en las sociedades, una determinada participación de sus utilidades. Pero si profundizamos en el estudio

---

334 En este mismo sentido, Brunetti. "TRATADO DEL DERECHO DE LAS SOCIEDADES", III (Unión tipográfica, Editorial Hispano Americana, Buenos Aires, 1960), pág. 525.

de este derecho, debemos llegar a la conclusión que éste no puede faltar no porque identifica el status de socio sino porque es un elemento esencial del contrato de sociedad, de modo que su concurrencia u omisión hace que el contrato de sociedad no exista o degenere en uno diverso. En este sentido, debe advertirse que el contrato de sociedad no puede identificarse con la persona jurídica, pues no se trata de la misma cosa ni en el hecho ni en el derecho. El reparto de utilidades no puede faltar en el contrato de sociedad, pero puede faltar en las personas jurídicas. Si falta en el contrato de sociedad, no hay sociedad y como la personalidad deriva de la existencia de este contrato, sólo por consecuencia deja de existir la persona jurídica.

La cuestión debatida en el párrafo precedente tiene importancia para los efectos de analizar cuáles derechos u obligaciones de un miembro o socio de una persona jurídica pueden ser renunciables y cuáles no. Por lo mismo, nosotros pensamos que no existen derechos irrenunciables porque el status de miembros no está conformado por derechos y obligaciones sino que constituye en realidad el presupuesto de esos derechos y obligaciones. Lo que ocurre es que frente a determinados casos o tipos de personas jurídicas, la ley puede asegurar -teniendo en vista el interés público- ciertas pretensiones o potestades de los miembros. Sin embargo, estas normas constituyen garantías legales que el Derecho ha pretendido instituir porque en un caso concreto se encuentra comprometido el orden público.

162. LOS DERECHOS DE MIEMBRO

Los derechos de miembro de una persona jurídica pueden ser derechos generales y derechos individuales. Los primeros se clasifican, a su vez, en derechos administrativos o políticos y derechos de goce de los beneficios sociales o corporativos.

Los derechos administrativos son todos aquellos que consisten en la facultad de participar en la formación de la voluntad corporativa, incluyendo aquellos necesarios para el gobierno de la entidad. Comprenden fundamentalmente la facultad de intervenir en la asamblea, de participar en la discusión y de votar.

Los derechos de goce o patrimoniales son todos aquellos que consisten en la facultad de gozar de las ventajas o beneficios sociales o corporativos y pecibir la cuota de liquidación, en su caso.

Los derechos individuales son privilegios especiales que corresponden a algunos miembros o clases de miembros por el estatuto o por deliberación de la asamblea[335].

Todos ellos serán analizados con detención enseguida.

335 Ferrara Francisco (Teoría de las Personas Jurídicas), op. cit., pág. 772.

163. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

Es esencial para desentrañar la naturaleza jurídica de los derechos políticos y concretamente del derecho a voto así como para fijar los límites de su ejercicio, el determinar previamente a quién corresponde el interés que proteje y expresa. Para ello tenemos sólo dos alternativas: (a) La primera es sostener que el voto constituye una potestad concedida al socio o accionista para la protección de un interés ajeno (el de la sociedad)[336] ; (b) La segunda es sostener que el voto es un derecho destinado a proteger simplemente los intereses del socio. Hay desde luego alternativas intermedias que convinan los efectos que produce una u otra postura, pero no nos ayudan para explicar la naturaleza jurídica del voto.

a) Pues bien, la primera concepción ha sido sostenida fundamentalmente por la doctrina italiana y, en parte, por la doctrina alemana, ambas influidas por concepciones que pretenden ver en las sociedades anónimas instituciones portadoras de intereses públicos, superiores e independientes de la finalidad lucrativa de los accionistas. Según éstas, los derechos en cuestión integran el grupo designado como facultades de poder[337] y consisten en la "potestad de producir efectos jurídicos en la esfera de los derechos de un tercero mediante la expresión de la propia voluntad, como también la de participar en esa producción. De esta forma, así como en el exterior el representante actúa por la asociación, la votación del miembro determina la resolución de la asamblea, y constituye su voluntad interna. Esto es parecido a la representación, pero se diferencia en que si un órgano deliberante como la asamblea, o de gestión como el directorio, deciden la realización de un determinado acto jurídico, la existencia del mismo depende de un acto del representante, pero la procedencia de la actuación de ese representante depende de lo resuelto por el órgano de la persona jurídica, dado que aquél, en el ejercicio de la representación, debe acatar su voluntad. Esta distición se oscurece cuando ambas funciones se encuentran reunidas en una sola mano, pero ello constituye una mera contingencia que no altera la verdadera naturaleza de la institución.

Para esta postura, las mencionadas facultades o derechos de los miembros de una persona jurídica no consisten precisamente en derechos subjetivos sino, más bien, en poderes jurídicos conferidos al socio o miembro no sólo en su interés individual sino también como un instrumento de la organización de la sociedad, no correspondiendo ningún sujeto pasivo, esto es, ninguna obligación correlativa. Es por ello, precisamente, que no constituyen un derecho subjetivo. A estas facultades o poderes jurídicos no les corresponde un deber correlativo porque -al decir de esta doctrina- el ejercicio de la facultad se realiza mediante una declaración unilateral de voluntad cuyos efectos repercuten automáticamente, sin

---

336 Pedrol Antonio (LA ANÓNIMA ACTUAL Y LA SINDICACIÓN DE ACCIONES, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969), pág. 125.

337 Von Thur (Derecho Civil, Teoría General del Derecho Civil Alemán) op. cit., volumen I, Tomo 1, pág. 210 y Tomo 2, pág. 224.

intervención de la persona jurídica y sin que pueda tampoco impedirlos mediante oposición[338]. Von Thur lo explica en términos muy simples, " el que intenta violarlos -dice- queda frustrado por las disposiciones de la ley; en caso de que a un miembro no se le convoque, o no se le permita participar en la votación, o no se le compute su voto, la resolución carece de validez siempre que su voto sea decisivo". Esto quiere decir que la defensa de las facultades de poder de que hemos venido hablando se ejerce directamente mediante la impugnación del acuerdo adoptado por el órgano de la entidad.

b) La segunda concepción ha sido seguida por la doctrina francesa y por los sistemas jurídicos de Estados Unidos e Inglaterra[339]. Para los franceses el derecho a voto es un derecho subjetivo, siendo la única obligación del accionista frente a la sociedad la de realizar su aportación económica. El derecho a voto puede ser ejercido libremente en caso de conflicto de intereses y la lesión que puede causarse al interés social se corrige por la vía del abuso del derecho. Para los ingleses y norteamericanos, el voto es considerado una proprietary right y tiene igual naturaleza y extensión que los otros derechos de los socios o accionistas como por ejemplo el percibir las utilidades sociales.

En nuestra opinión, el derecho a voto constituye la expresión de voluntad del socio o miembro de una persona jurídica y ella representa sólo el interés del sufragante y no así el de una tercera persona ajena al mismo. Se trata, en consecuencia, de un derecho subjetivo y no admite otra limitación que el derecho ajeno, existiendo para frenar los ímpetus egoístas del titular toda la teoría del abuso del derecho y las indemnizaciones de perjuicios que haya lugar.

164. RENUNCIABILIDAD, CESIÓN Y TRÁFICO DEL DERECHO A VOTO. LOS DERECHOS POLÍTICOS SON INHERENTES AL STATUS DE SOCIO

Hemos anticipado ya que los derechos de miembro son en general renunciables. Pero el hecho de que lo sean no significa que puedan pertenecer o ser ejercidos por individuos que no tengan la calidad de socios o miembros de la entidad de que se trate. Esto quiere decir que el socio puede renunciar a sus derechos políticos a fin de que sean los demás socios o miembros los que en uso de los suyos propios, determinen la voluntad de la persona jurídica. Sin embargo, es inconcebible la coexistencia del status de socio con el ejercicio de los derechos políticos por personas que no sean socios y que los hayan adquirido de ellos. En este sentido, los derechos políticos no son transferibles, ni pueden transmitirse en forma independiente a la condición de socio. Se entiende por cesión de los derechos políticos o del voto, "la transmisión del derecho o su ejercicio, operada separadamente del título, y por virtud de la cual se produce una escisión entre el voto y los demás derechos correspondientes al status de socio"[340].

---

338 Von Thur, Vol. I, Tomo 2, op. cit., pág. 225.
339 Pedrol, op. cit., pág. 132.
340 Pedrol, op. cit., pág. 172.

Muchos pueden ser los argumentos para fundamentar la conclusión de que los derechos políticos son inseparables del status de socio, pero el mas relevante, a nuesto juicio, es que los derechos políticos "se encuentran insertos en una relación social cuya finalidad es la protección, a través de la formación de voluntad del ente, de los intereses del socio en el patrimonio común. Cuando tales intereses no existen el instrumento de protección carece de sentido"[341]. Como veremos más adelante, pueden desmembrarse del status de socio aquellos derechos que por su contenido patrimonial son susceptibles de una vida en cierta manera autónoma, pero la desmembración de los derechos políticos "no resulta aceptable porque se trata de derechos puramente jurídicos, sin contenido patrimonial, que sólo pueden operar insertos en el conjunto de la relación social sirviendo a la realización de derechos de naturaleza patrimonial".

No debe confundirse el concepto de cesión de los derechos políticos o del voto con el de "tráfico económico del voto". Este último equivale a la venta del voto frente a una determinada decisión que se deba adoptar por la persona jurídica, siendo rechazada esta operación por la mayoría de las legislaciones[342] cuando se está en presencia de un acto en el que descaradamente el socio percibe una suma de dinero o una recompensa de claro contenido económico, y vota simplemente en consideración a ello. Sin embargo, esto ocurre muy raramente. Lo normal es que el tráfico del voto encuentre su causa en circunstancias mucho menos burdas que la mencionada, lo que hace dudar sobre la licitud o ilicitud de la operación. En todos estos casos, como en otros, para decidir sobre la validez del acto o contrato deberá considerarse detenidamente su causa, esto es, el motivo que induce al acto o contrato. Si éste es prohibido por la ley o contrario a las buenas costumbres o al orden público, el acto será ilícito y, por ende, nulo.

165. LOS DERECHOS POLÍTICOS SON EXTRAPATRIMONIALES. INEMBARGABILIDAD DE LOS MISMOS

Los derechos políticos no tienen contenido patrimonial, pues no representan

---

341 Pedrol, op. cit., págs. 177 y 178.

342 Según Pedrol, la ley alemana de sociedades por acciones de 6 de septiembre de 1965 (art. 405, párrafos 2, 6 y 7) castiga a quienes han obtenido, mediante concesiones o promesas, las acciones de un tercero para ejercitar sus derechos en la Junta, o a quien se hace prometer o aceptar determinados beneficios como contraprestación para votar o dejar de hacerlo en una votación de Junta General o a quien ofrece, promete u otorga tales beneficios. El artículo 27 de la Stock Corporation Law norteamericana prohíbe la venta del voto o el otorgamiento de un poder para votar a cambio de dinero o de "anything value". El artículo 171 de la Ley brasileña sobre Sociedades Anónimas impone la pena de seis meses a dos años de prisión a los accionistas que para obtener ventajas para sí o para otro negociaran el voto en las deliberaciones de la Junta General. El artículo 440 de la Ley de Sociedades francesas de 24 de julio de 1966 castiga con una pena de prisión de tres meses a dos años y una multa, o una de las dos penas solamente, a los que se hayan hecho conceder, garantizar o prometer ventajas para votar en cierto sentido o para no participar en la votación, así como aquellos que las hayan concedido, garantizado o prometido.

valor pecuniario directo. Indirectamente podría decirse que lo tienen en cuanto la determinación de la voluntad corporativa incide en el resultado pecuniario o patrimonial de la entidad, pero esa relación de causa-resultado nunca ha sido relevante para la calificación de los derehos en patrimoniales o extrapatrimoniales, porque dicha clasificación apunta al contenido de los derechos y no al resultado del ejercicio de los mismos.

En todo caso, aunque lo fueran, dichos derechos no podrían ser jamás embargados porque son personalísimos, le corresponden al socio en cuanto tal, no en cuanto se encuentran en su patrimonio.

166. EL DERECHO A VOTO Y SU EJERCICIO

La cuestión que analizaremos en el presente párrafo consiste en determinar cómo el socio, miembro o accionista de una persona jurídica debe ejercer su derecho a voto y si encuentra algún límite en el ejercicio del mismo. Lo primero que debe destacarse es que una cosa es el derecho a voto y otra muy distinta es el voto. El primero es un derecho subjetivo; el segundo es un acto o declaración de voluntad. El ejercicio del derecho a voto supone ejecutar o celebrar un acto jurídico, y si bien este acto constituye el ejercicio de un derecho es importante separar los dos conceptos para los efectos de analizar los límites del derecho a voto.

Hemos dicho precedentemente que, en opinión nuestra, el ejercicio del derecho a voto expresa el interés del propio accionista y no necesariamente se encuentra establecido en interés de la sociedad.

Ascarelli[343] sostiene que "el voto no es conferido al socio sólo en su interés individual, sino que constituye un medio para el buen funcionamiento de la sociedad. Voto y poder de mayoría reposan, en definitiva, sobre la comunidad de fin existente entre los accionistas. Por eso -agrega- el voto no puede se ejercitado por aquel socio que se encuentra en conflicto de intereses con la sociedad, porque se desconocería en este caso la razón legislativa de la concesión del voto". Con posterioridad, este autor precisó su opinión sobre la materia. Sostuvo que pueden existir acuerdos de la Junta que, aunque causen perjuicio al grupo minoritario de socios, no atenten contra el interés social definido objetivamente por el estatuto y, en tal caso, admitió que se producía una declaración de neutralidad desde el punto de vista del interés social, no procediendo rectificar de manera alguna los acuerdos de la Junta, aunque lesionaran el interés minoritario, ya que en esos casos el interés de éstos debe considerarse como extrasocial.

Von Thur, a pesar de sostener que el derecho a voto constituye una potestad conferida en interés ajeno[344], opina que "los miembros pueden dejarse guiar por sus propios intereses, aun egoístas cuando se trate de cuestiones económicas; la deliberación no es nula aunque represente el ejercicio desmedido de los derechos

343 Ascarelli, op. cit., pág. 290.
344 Von Thur, op. cit., Vol. I, Tomo 2, pág. 177.

de la mayoría o se funde en motivos arbitrarios o irrazonables o choque con los intereses de la asociación; ésta -agrega- es la consecuencia del poder que corresponde a los miembros; su voluntad mayoritaria únicamente encuentra un límite en los estatutos y, por último, en el objeto de la asociación, tal como se fijó en su origen".

Ferrara[345] sostiene que "contra los abusos de la mayoría los individuos no tienen otra garantía que la dimisión".

Se transcriben las opiniones de los autores mencionados porque se quiere poner en evidencia, que aunque ellos participan de la idea de que el voto es una potestad conferida al socio o accionista en interés ajeno, no obstante, al momento de decidir sobre el ejercicio mismo del voto por parte de ellos, han templado parte de los efectos de su postura.

Entre nosotros, el artículo 30 de la ley de sociedades anónimas dispone que los accionistas deben ejercer sus derechos respetando los de la sociedad y los de los demás accionistas. Pero, aparte de la disposición transcrita, no existe otra que de manera explícita o implícita regule la cuestión debatida, de manera que el asunto debe resolverse según los principios generales del derecho común.

Lo que a nuestro juicio se debe resolver en este asunto son fundamentalmente tres cosas: (a) Si puede considerarse nulo por causa ilícita un voto emitido por un miembro cuya motivación no está constituida por resguardar los intereses de la sociedad sino los suyos propios o los de terceros relacionados, con el agravante de que los unos con los otros han entrado en conflicto; (b) Si la voluntad de la mayoría puede, aun siendo arbitraria, imponerse a toda costa contra la voluntad de la minoría; y (c) Si los perjuicios causados a la minoría deben ser indemnizados o no.

Respecto al primer aspecto del problema, nuestro Código Civil entiende por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Las buenas costumbres pueden considerarse por algunos como un concepto carente de contenido práctico; pero el hecho es que la Suprema Corte Alemana ha considerado que un acuerdo puede ser ilegal si la mayoría, en un modo contrario a las buenas costumbres, actúa en perjuicio de la sociedad o de la minoría. En todo caso, no se pueden dar recetas generales, debiéndose resolver el asunto controvertido caso a caso[346].

Respecto al segundo aspecto del problema, debe, en primer término, recordarse la jurisprudencia alemana mencionada en el párrafo precedente, pero debe considerarse muy especialmente que la sociedad es dirigida fundamentalmente por los intereses de la mayoría, no pudiendo un minoría pretender, a pretexto de verse perjudicada en sus intereses, oponerse siempre a los acuerdos de los socios principales, aun cuando ello importe un perjuicio para los intereses sociales. Ante lo anterior, lo que procede es la dimisión del socio o su retiro.

---

345 Ferrara Francisco (Teoría de la Persona Jurídica), op. cit., pág. 767.
346 Von Thur, op. cit., Vol. I, Tomo 2, pág. 177.

Respecto al tercer aspecto del problema, creemos que en un caso concreto, si se demuestra un perjuicio cierto, presente o futuro, procede la indemnización de perjuicios, salvo que el socio o miembro haya decidido permanecer en la compañía con el propósito de impedir la administración de la misma, según los criterios de la mayoría. El fundamento de la obligación indemnizatoria es el incumplimiento del contrato social, que obliga en primer lugar a cuidar de los intereses corporativos y a cumplir de buena fe los fines de la comunidad de intereses que dio origen a la persona moral.

167. Los convenios de voto y los pactos de sindicación

Los pactos de sindicación son acuerdos entre los miembros de una persona jurídica en virtud de los cuales, las partes se obligan recíprocamente a que ciertas decisiones relativas al gobierno de la entidad sean resueltas previamente entre los miembros del sindicato los que se obligan a votar todos en un mismo sentido; o bien se comprometen a no desprenderse de sus acciones o a cederlas en todo caso en favor de otro de los sindicados durante el período de vigencia del contrato.

De la definición precedente se desprende que son fundamentalmente dos los convenios de voto o pactos de sindicación. El denominado sindicato de voto o mando y el sindicato de bloqueo. El primero necesita del segundo para que sea eficaz el compromiso de voto en que se apoya, porque si los accionistas pudieran desprenderse de sus participaciones o derechos resultarían ilusorios en muchos casos los compromisos contraídos y el mando social perdería la estabilidad buscada.

El sindicato de mando tiene por objeto principal asegurar el control de la entidad. El sindicato de bloqueo tiene por objeto restringir convencionalmente la transmisibilidad de las participaciones o derechos sociales que se poseen y también de los que puedan adquirirse en el futuro.

Estos acuerdos son contratos, porque todos los que los ejecutan o celebran se obligan a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Son bilaterales, porque las partes contratantes se obligan recíprocamente. Son onerosos porque tienen por objeto la utilidad de todas la partes, gravándose cada una en beneficio de la otra; y son conmutativos, porque lo que cada parte se obliga a dar, hacer o no hacer se mira como equivalente a lo que los otros deben dar o hacer a su vez.

Resulta interesante destacar, entonces, que la naturaleza jurídica del contrato que da origen a las personas jurídicas es diversa a los convenios de voto o pactos de sindicación, pues el primero, si bien es un contrato, no es bilateral u oneroso conmutativo en los términos del Código Civil, en circunstancias que los segundos sí lo son.

168. Carácter accesorio de los pactos de sindicación

Desde luego, los convenios de voto son pactos accesorios al acto jurídico que da origen a la persona moral y dependen funcionalmente de él. De esta circunstancia, la doctrina ha extraído las siguientes conclusiones:

a) La nulidad o la resolución del contrato social provoca la nulidad o la resolución del contrato de sindicación. Esto resulta evidente si se considera que la causa del pacto de sindicación se encuentra precisamente en la existencia de las relaciones jurídicas a que da lugar el acto corporativo. Si dichas relaciones dejan de existir, pasan a quedar desprovistos de causa los contratos accesorios que han nacido para reglamentar precisamente dichas relaciones.

b) El contrato de sindicación no puede entrar en vigor mientras no haya empezado la vigencia del contrato de sociedad;

c) Si el contrato de sindicación no tiene plazo fijado se le aplicará el del contrato principal de sociedad. En efecto, si no se ha estipulado expresamente el plazo de duración del sindicato, se debe suponer, salvo que aparezca voluntad en contrario, que la intención de las partes ha sido que éste tenga igual duración que el del contrato al cual accede.

d) En virtud del pacto de sindicación no se puede alterar la estructura fundamental del contrato de sociedad ni vulnerar las normas imperativas y prohibitivas con las que la legislación vigente regula dicho contrato, todo ello según se verá en el párrafo relativo a la validez de los pactos de sindicación[347].

169. INFLUENCIAS DEL PACTO DE SINDICACIÓN EN EL CONTRATO SOCIAL

No es extraño a la teoría del derecho que los contratos accesorios puedan afectar en cierta medida al contrato principal. Así ocurre en los contratos de hipoteca, prenda y fianza, en donde el valor y la efectividad de estas garantías determina la caducidad de los plazos establecidos en el contrato principal (art. 1.496 N°2 del Código Civil).

Sin embargo, en materia de pactos de sindicación nos encontramos frente a una disyuntiva más drástica y que consiste en determinar si la nulidad o resolución de aquéllos pueden producir la nulidad o la resolución del contrato principal que dio origen a la persona moral.

La cuestión debatida no puede plantearse a la luz de la clasificación de los contratos en principales y accesorios. Lo que realmente debe preguntarse el intérprete es hasta qué punto el vicio de nulidad que afecta al pacto de sindicación o su resolución resulta relevante para determinar si los que otorgaron el contrato principal no lo habrían hecho de no existir el accesorio. En otras palabras, la existencia del pacto de sindicación pasa a actuar como cualquier otra circunstancia que haya tenido influencia decisiva en el proceso de formación de la voluntad del contrato que dio origen a la persona jurídica.

En otros términos, la existencia del pacto de sindicación forma parte de una

---

347 Pedrol, op. cit., pág. 24.

calidad accidental del objeto sobre el cual versó el contrato de sociedad, pero, no obstante su carácter accidental, fue el principal motivo que tuvieron las partes para contratar, siendo ese motivo conocido de todas ellas. Por esta circunstancia, recibe plena aplicación el artículo 1.554 inciso 2 del Código Civil y procede declarar la nulidad relativa del pacto social. Si por el contrario, el motivo que movió a las partes a contratar, a saber, la existencia del pacto de sindicación, no era conocido de todos los socios, vuelve a recibir plena aplicación la disposición citada, no procediendo en tal evento declarar la nulidad del contrato. Esto ocurre, entre otras causas, cuando el pacto de sindicación no agrupa a todos los socios o miembros de la persona jurídica.

170. LAS FORMAS INDIRECTAS DE SINDICACIÓN

Un resultado se puede obtener mediante la utilización de diversas formas jurídicas y la sindicación no es una excepción. El mismo objeto del sindicato de mando y de bloqueo se puede obtener recurriendo a las distintas formas del contrato de sociedad, entrelazando sociedades de responsabilidad limitada con comanditas por acciones y asegurando de este modo el control de un número indeterminado de personas jurídicas e impidiendo, por otra parte, que los socios que conforman el grupo de sociedades enajenen sus participaciones en él.

Este tipo de negocios jurídicos indirectos han sido desde siempre tolerados por el derecho porque constituyen, como hemos vistos, la utilización de las formas jurídicas si bien para fines no previstos por el legislador, no necesariamente contrarios al ordenamiento jurídico. Se presentan normalmente en países donde no se ha legislado claramente sobre los pactos de sindicación.

Nuestro derecho reconoce la existencia de estos negocios indirectos y, en cierta medida, los reglamenta. Así vemos, por ejemplo, que el artículo 96 de la Ley de Valores define los grupos económicos como "el conjunto de entidades que presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia, que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinada a éstos...".

Lo importante es tener clara conciencia de las normas jurídicas que debemos aplicar a dichos negocios indirectos. Pedrol, haciendo un resumen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, ha señalado que los principios que se aplican en la especie son los que se señalan a continuación, todos los cuales concuerdan con aquellos que la doctrina ha establecido para tales efectos:

1. El negocio indirecto se caracteriza por la utilización de una vía oblicua o combinación de formas jurídicas entrelazadas que permite la obtención de un resultado no previsto en los cuadros de la ley. Se trata de un negocio que se concluye utilizando las partes un tipo de contrato regulado por el ordenamiento positivo que busca un fin distinto al expresado y, por ello, con la consiguiente discrepancia entre lo pactado y la intención práctica perseguida.

2. El negocio indirecto se distingue de la simulación absoluta porque mientras ésta corresponde a un negocio no querido, el negocio indirecto ha sido real y auténticamente deseado por las partes, con causa verdadera, como única vía para obtener el fin que se han propuesto. Se distingue de la simulación relativa, pues ésta sólo reconoce validez al contrato querido por las partes, en tanto el negocio indirecto es una convención completa integrada por dos o más contratos independientes o yuxtapuestos, con unidad intencional que inspira a la consecución de un fin.

3. La interpretación del negocio indirecto ha de hacerse con abstracción de la estructura formal utilizada como simple medio vehicular, toda vez que para llegar a un acertada calificación es necesario tomar en consideración la finalidad realmente perseguida por las partes.

4. Finalmente, los negocios indirectos son válidos siempre que no envuelvan fraude a la ley y no les es aplicable ni la nulidad radical de la simulación absoluta ni la nulidad parcial que amenaza a la simulación relativa.

171. VALIDEZ DE LOS PACTOS DE SINDICACIÓN

La validez de los pactos de sindicación ha sido un tema controvertido en la doctrina fundamentalmente porque toda la teoría sobre los convenios de voto nació para solucionar problemas relacionados con las Juntas de Acreedores y en un período en que no estaba bien definida la frontera entre la cesión del voto y el vínculo sobre su ejercicio.

Los argumentos y contraargumentos sobre la validez de los pactos de sindicación son fundamentalmente los siguientes:

1. La determinación de la voluntad de una persona jurídica se basa en el principio de la mayoría, lo que significa que la voluntad mayoritaria de los miembros de una entidad predomina sobre la voluntad de los disidentes y ausentes. Sin embargo -se dice- esta concepción reposa sobre el supuesto de que la voluntad mayoritaria se ha expresado después de una libre exposición de los argumentos de todos los miembros asistentes. De esta suerte, si la resolución respecto de un determinado asunto ha sido previamente adoptada, la Junta o Asamblea queda desprovista de contenido práctico, desnaturalizándose con ello el funcionamiento del órgano social en la forma prevista por la ley y en base a la cual se aceptó el imperio del principio mayoritario.

A este argumento se responde que no es efectivo que el principio mayoritario descanse sobre la idea de que los miembros deben llegar a la asamblea desprovistos de un criterio formado. El principio mayoritario reposa, para algunos en que los accionistas emitan su voto respetando la zona de intereses comunes y sin perseguir intereses antisociales y, para otros, en el contrato social, esto es, en el acto jurídico que da origen a la persona moral.

2. En segundo lugar, se argumenta que, en la mayoría de los casos, un pacto social tendiente a abolir la asamblea de socios o la Junta de Accionistas en las personas jurídicas que la tienen instituida por ley, sería nulo como contrario al orden público. Por igual razón -se dice- debe considerarse nulo un pacto que pretenda obtener igual fin por la vía de desnaturalizar la constitución y funcionamiento de los mencionados órganos sociales.

A ello se contesta que el pacto de sindicación es "res inter alios acta" para la persona jurídica y, por ende, la infracción del pacto y de las obligaciones que de él emanan (en orden a votar en tal o cual sentido), no puede producir la nulidad de dichos votos, porque respecto de la persona jurídica no puede oponerse el pacto de sindicación. El fundamento de la asamblea queda incólume supuesto que se haya permitido la presencia de los miembros de la entidad y la libre exposición de sus opiniones. Por otra parte, la licitud o ilicitud de los motivos que indujeron al socio o accionista a votar en tal o cual forma no puede quedar determinada por el hecho de si resulta lícito o ilícito el pacto de sindicación sino por los motivos que tuvo el sindicato para ordenar votar en un determinado sentido. Considerada así la cuestión debatida, el pacto de sindicación resulta irrelevante, pues lo que será verdaderamente objeto de estudio son los motivos de la decisión que el sindicato adoptó, quedando enteramente a un lado la cuestión de su licitud.

3. Finalmente, se argumenta que "el voto es un derecho y un deber colectivo que sólo puede emitirse al servicio del puro interés social. No hay cabida para los intereses extrasociales que la sindicación representa, y atenta contra el orden público un convenio por el cual el socio sindicado pone su voto al servicio de estos últimos. El sindicato pretende ventajas especiales en perjuicio de los socios no sindicados"[348].

Respecto de esta objeción, hemos visto que la concepción del voto concebido como una potestad en interés ajeno ha sido olvidada por la doctrina moderna. La teoría actual considera al voto como un derecho. Es más, la doctrina dominante considera en cierta medida que son lícitos los intereses extracorporativos en cuanto no se opongan al interés social.

Nosotros creemos que los pactos de sindicación no son ilícitos, puesto que no existe norma jurídica alguna que los prohíba (objeto); y no son intrínsecamente contrarios a la ley, a las buenas costumbres o al orden público (causa). Creemos que cualquier discusión sobre validez debe centrarse en el voto mismo concebido como expresión de voluntad, aplicándose a este respecto todas las normas jurídicas existentes sobre la materia. La licitud o ilicitud del voto debe analizarse en base a lo que es como expresión de voluntad y no en cuanto al origen de la misma, pues ello nos hace caer en el análisis de problemas formales cuya consideración no se justifica ni por lo grande ni por lo útil de su objeto. En este sentido, carece absolutamente de importancia práctica para el equilibrio de las relaciones jurídicas, si una determinada expresión de voluntad encuentra su origen

---

348 Pedrol, op. cit., pág. 227.

en una orden emitida por un sindicato o no, siempre que, en definitiva, se le haya garantizado la libertad al socio y resulte lícito el contenido de la declaración de voluntad expresada en el voto.

172. LOS DERECHOS PATRIMONIALES

Los derechos patrimoniales son fundamentalmente los siguientes: (a) los relativos al uso de los bienes sociales o corporativos; (b) el derecho a percibir las utilidades o ganancias de la persona jurídica; y (c) el derecho a percibir la parte correspondiente del patrimonio social o corporativo cuando la entidad se disuelva.

Estos derechos son créditos que se tienen en contra de la persona jurídica, incluso aquel que consiste en usar los bienes sociales. Como tales se encuentran sometidos a la misma normativa de los derechos personales, pero respecto a su transmisibilidad, embargabilidad y cesibilidad es menester formular algunas distinciones. En efecto, en las personas jurídicas sin fines de lucro, estos derechos de miembro son personalísimos puesto que han sido establecidos para ser recibidos por los socios o miembros y no para terceros, aun cuando éstos los hayan adquirido de parte del titular. En cambio, en las personas jurídicas con fines de lucro, tales derechos son, a nuestro juicio, transferibles, transmisibles y embargables, con la sola excepción del derecho a usar de los bienes sociales.

En todo caso se debe advertir que todos los derechos patrimoniales son esencialmente revocables, esto es, pueden ser abolidos por la mayoría exigida por los estatutos para ello. De esta suerte, estos créditos, mientras no se encuentren percibidos, se encuentran expuestos a extinguirse aun en contra de la voluntad de su titular, por lo que deben considerarse desde el punto de vista jurídico y contable como derechos expuestos a condición resolutoria. Pero esta condición se debe entender fallida cuando los derechos patrimoniales se han percibido por la persona de sus titulares. "De ahí que cuando se haya resuelto efectuar un pago a los miembros, se lo puede suspender mediante una nueva deliberación sólo mientras no haya sido ejecutado, ya que por deliberación de la asamblea no puede crearse una obligación de devolución de sumas pagadas". En otras palabras, el acuerdo o deliberación no puede tener efecto retroactivo[349].

173. LOS DERECHOS INDIVIDUALES

Frente a los derechos generales que tienen los miembros de una persona jurídica, se puede observar una categoría especial de derechos con que están dotados ciertos miembros y de los cuales carecen otros. Sin embargo, el establecimiento de estos derechos especiales normalmente va aparejado a la privación de un derecho general de miembro. Por ello, no es posible analizar la institución de los derechos individuales sin dar una visión completa de la relación jurídica que se produce como consecuencia de lo anterior.

---

349 Von Thur, op. cit., pág. 227, cita 59.

Ferrara[350] sostiene que estos derechos especiales "son posiciones singulares, excepcionales que corresponden a ciertos miembros o clases de miembros, fuera de la ordenación común"; y es cierto, pero como el establecimiento de un derecho individual va unido a la privación de un derecho general de miembro (el derecho a voto, por ejemplo), sucede que los que carecen de estos derechos especiales también tienen una posición singular, pues han adquirido un derecho adicional producto de la privación que se hizo.

En el fondo, de lo que estamos hablando es de una convención celebrada entre los distintos miembros de una persona jurídica por la cual unos renuncian a un derecho general en beneficio de otros miembros y éstos, a su vez, renuncian a otro derecho general en beneficio de aquéllos. Así por ejemplo, ciertos accionistas de una sociedad anónima renuncian a su derecho a voto a cambio de que se les reconozca un derecho preferente a percibir un mínimo de utilidades que se estipula. Si se analiza la otra cara de esta relación jurídica, se observa que existen ciertos accionistas que han renunciado a su derecho a percibir con igual preferencia las utilidades de la compañía, a cambio de gozar de una mayor injerencia en la administración de la sociedad.

Esta convención entre los distintos miembros de la persona jurídica es un contrato por cuanto crea derechos y obligaciones. Es plurilateral por cuanto si bien da lugar al establecimiento de derechos y obligaciones, no tiene por único objeto la creación de relaciones creditorias como los contratos bilaterales sino fundamentalmente la configuración de relaciones de participación de los distintos miembros. Normalmente es un contrato oneroso por cuanto tiene por objeto la utilidad de todas las partes contratantes -principalmente cuando se renuncia a un derecho de miembro a condición de gozar de una preferencia de que no gozan otros-, pero puede ser gratuito cuando no se exige ninguna preferencia a cambio de la renuncia que se hace.

174. EL ACTO JURÍDICO QUE DA ORIGEN A LAS PERSONAS MORALES CON BASE FUNDACIONAL

Las personas jurídicas con base fundacional o institucional son aquellas que tienen como sustrato una obra que se debe realizar por medio de una organización de hombres y bienes. El sustrato es creado por aquel que instituye o funda el servicio o la obra e indica y suministra los medios para su consecución.

El sustrato de este tipo de personas jurídicas, como decíamos recién, es creado por la voluntad de una o varias personas mediante el acto jurídico unilateral de fundación o acto fundacional. Éste contiene una declaración de voluntad en orden a crear una institución, debiendo precisarse su objeto, la forma de administración, su nombre y el patrimonio de que dispondrá para la consecución de su fin.

---

350 Ferrara, Teoría de las Personas Jurídicas, págs. 772 y 773.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 31° del Reglamento de Concesión de Personalidad Jurídica, el acto fundacional o, lo que para el caso en comentario es lo mismo, el estatuto de la fundación, debe contener: (a) El nombre, domicilio y duración de la entidad; (b) La indicación de los fines a que está destinada; (c) Los bienes que forman su patrimonio; (d) Las disposiciones que establezcan quiénes forman y cómo serán integrados sus órganos de administración; (e) Las atribuciones que correspondan a los mismos; (f) Las disposiciones relativas a su reforma y extinción, indicándose la institución a la cual pasarán sus bienes en este último evento.

Cuando se hiciere necesario completar los estatutos de la fundación, sus administradores deben presentar al Presidente de la República un proyecto en el que se contengan las modificaciones o nuevos preceptos que sean necesarios introducir (art. 32 del Reglamento). En otras palabras es el Presidente de la República quien completa los estatutos de las fundaciones.

Respecto de las fundaciones, no se establecen expresamente en el Reglamento las exigencias formales del acto fundacional, esto es, si puede otorgarse por escritura privada o debe otorgarse necesariamente por escritura pública. Sin embargo, del contexto del Reglamento mencionado se desprende que debe hacerse por escritura pública o, a lo menos, por escritura privada protocolizada (art. 37 letra c). Asimismo, si por medio del acto que crea la fundación se la dota de bienes raíces, dicho acto deberá reducirse a escritura pública, pues, de lo contrario, no habría forma de inscribir los inmuebles a nombre de la fundación.

175. Naturaleza jurídica del acto fundacional

El acto por el cual se crea una fundación es un acto jurídico unilateral al cual va unido (aunque con naturaleza propia) un acto de dotación por el cual el fundador asigna un patrimonio al ente que se erige.

El acto de dotación es, también, un acto jurídico unilateral que tiene por fin la disposición gratuita de ciertos bienes por lo cual exige capacidad del disponente para efectuar liberalidades.

El acto fundacional puede ser entre vivos o testamentarios (art. 963 del Código Civil).

Cuando la fundación se ha creado por acto entre vivos, no es posible sostener, en sentido técnico, que revista los caracteres de un contrato de donación, por lo que no se rige por sus normas.

Sin perjuicio de lo anterior, por constituir la dotación una enajenación puede ser impugnada por los acreedores cuando exista fraude pauliano y perjuicio de sus intereses. En efecto, de acuerdo con lo que prescribe el artículo 2.468 del Código Civil, los acreedores del fundador podrán solicitar que se declare nulo el acto jurídico que la dota de bienes, siempre que ellos prueben el fraude pauliano del deudor y el perjuicio a los acreedores.

176. DERECHO DE REVOCACIÓN DEL FUNDADOR

El acto jurídico unilateral que crea la fundación es revocable. Cuando la fundación se realiza por disposición testamentaria, la revocación está ya en germen dentro de la naturaleza del acto testamentario y tendrá lugar revocado que sea el testamento.

Si por el contrario, la fundación se crea por acto entre vivos, la revocación podrá hacerse a través de una declaración en tal sentido.

Sin embargo, en este último caso, es menester que la fundación no haya sido todavía aprobada por el Presidente de la República, esto es, que no se le haya concedido personalidad jurídica. Si, por el contrario, se le hubiere concedido personalidad jurídica, ya no queda en manos del fundador decidir sobre su existencia o disolución, pues la persona jurídica ha nacido separada de la personalidad del fundador y sus bienes pertenecen ya al fin para cuya consecución se destinan.

177. CONCESIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA A LAS FUNDACIONES

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 30 del Reglamento, la obtención de personalidad jurídica por parte de las fundaciones se rige por iguales normas que las señaladas precedentemente para el caso de las corporaciones, esto es, la solicitud respectiva se debe dirigir al Presidente de la República por medio del Ministerio de Justicia.

178. MODIFICACIÓN DE LAS FUNDACIONES

Se debe hacer presente que las fundaciones no pueden ser modificadas, pues, de esta manera, se podría fácilmente vulnerar la voluntad del fundador, salvo que éste en los estatutos hubiere previsto la modificación en un determinado sentido.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 32 del Reglamento "cuando se hiciere necesario completar los estatutos de la fundación, sus administradores presentarán al Presidente de la República un proyecto en que se contengan las modificaciones o nuevos preceptos que sean necesarios introducir". Asimismo, el Presidente de la República puede pedir la complementación de los estatutos de las fundaciones creadas por acto testamentario, para asegurar la continuidad de la administración y la efectiva separación de patrimonio con la sucesión respectiva (art. 32 del Reglamento).

SECCIÓN SEGUNDA
PARTE ESPECIAL

I. SOCIEDADES ANÓNIMAS

179. LOS DERECHOS POLÍTICOS EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

El derecho a participar en las juntas de accionistas de las sociedades anónimas y de votar se encuentra abundantemente reglamentado en la ley 18.046. El artículo 62 del citado cuerpo legal establece que "solamente podrán participar en las juntas y ejercer sus derechos de voz y voto, los titulares de acciones inscritas en el Registro de Accionistas con cinco días de anticipación a aquel en que haya de celebrarse la respectiva junta. Los titulares de acciones sin derecho a voto, así como los directores y gerentes que no sean accionistas, podrán participar en las juntas generales con derecho a voz". Este mismo concepto se encuentra repetido en el artículo 104 del Reglamento que dice: "Cada vez que sea necesario precisar en general a qué accionistas corresponde un determinado derecho social, se considerarán aquellos que se encuentren inscritos en el Registro de Accionistas con cinco días hábiles de anticipación a aquel desde el cual pueda ejercerse el derecho".

Respecto a la posibilidad de ejercer los derechos políticos por la vía de la representación, el artículo 64 del citado cuerpo legal establece que "los accionistas pueden hacerse representar en las juntas por medio de otra persona, aunque ésta no sea accionista. La representación deberá conferirse por escrito, por el total de las acciones de las cuales el mandante sea titular a la fecha señalada en el artículo 62". Esto significa que no se pueden dividir las acciones en distintas fracciones y otorgar respecto de cada una de las fracciones resultantes poder a distintas personas.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 18.046, cada accionista dispone de un voto por cada acción que posea o represente. Esto significa que el derecho a voto se ejerce respecto de cada acción que no esté privada de tal beneficio, pero resulta evidente que un mismo accionista no puede dividir sus acciones para votar por dos o más alternativas distintas, pues todas ellas representan la expresión de un solo interés. Ese es el principio que se encuentra detrás de la norma instituida en la última parte del artículo 64 comentado en el párrafo precedente. No obstante, en el caso de las elecciones que se efectúen en las juntas, el artículo 66 del citado cuerpo legal autoriza a los accionistas para acumular sus votos en favor de una sola persona, o distribuirlos en la forma que estimen conveniente.

En el caso de acciones prendadas y gravadas con usufructo, el artículo 65 establece que el derecho a voto corresponderá en el primer caso al deudor prendario y en el segundo al usufructuario y al nudo propietario conjuntamente, salvo estipulación en contrario.

Respecto a la forma como se ejerce el derecho a voto el artículo 30 de la ley

18.046 establece que "los accionistas deben ejercer sus derechos sociales respetando los de la sociedad y los de los demás accionistas. Sin embargo, no establece sanción alguna para la contravención de este artículo, salvo aquellas que pueda imponer la Superintendencia de Valores y Seguros en el caso de las sociedades sujetas a su fiscalización. Esto hace que la cuestión del ejercicio del derecho a voto deba resolverse a la luz de los principios generales expuestos en el párrafo precedente.

180. LA RENUNCIA DEL DERECHO A VOTO, LOS CONVENIOS DE VOTO Y LOS PACTOS DE SINDICACIÓN EN LAS SOCIEDADES ANÓMINAS

En cuanto a la posibilidad de renunciar al derecho a voto en las sociedades anónimas, hemos visto que el artículo 21 de la ley 18.046 expresamente lo permite al disponer que "los estatutos podrán contemplar series de acciones preferentes sin derecho a voto...". Sin embargo, quizás convenga decir que la ley de sociedades anónimas no contempla la posibilidad que la renuncia en comentario se haga pura y simplemente, sino que la considera y acepta en la medida que por dicha renuncia se estipulen o establezcan ciertos derechos especiales en favor de aquellos titulares de acciones sin derecho a voto. Incluso más, el inciso cuarto de la norma mencionada señala expresamente que tales acciones adquirirán pleno derecho a voto cuando la sociedad no haya cumplido con las preferencias en favor de éstas. En otras palabras, la ley sólo autoriza a privar del derecho a voto a las acciones que gocen de alguna preferencia y en la medida que estas preferencias se cumplan. No dándose estos supuestos, se vuelve a la regla general de que cada accionista dispone de un voto por cada acción que posea o represente.

Es importante destacar que la ley prohíbe la existencia de acciones con voto múltiple. Entendemos que se trata de acciones que disponen de más de un voto por cada una de ellas, por ejemplo, series de acciones que disponen de 4 votos por cada una de elllas. Respecto al particular, creemos que la ley ha impuesto esta prohibición más que por razones de fondo -que no existen desde el momento que permite la existencia de acciones sin derecho a voto- por razones prácticas, esto es, con el objeto de impedir que por esta vía se vulnere la regla general de que cada accionista dispone de un voto por acción que posea o represente.

En cuanto a los convenios de voto o pactos de sindicación de acciones, el artículo 14 de la ley de sociedades anónimas establece que "los estatutos de las sociedades anónimas abiertas no podrán estipular disposiciones que limiten la libre cesión de acciones. Los pactos particulares entre accionistas relativos a cesión de acciones, deberán ser depositados en la compañía a disposición de los demás accionistas y terceros interesados, y se hará referencia a ellos en el Registro de Accionistas. Si así no se hiciere, tales pactos se tendrán por no escritos".

La disposición transcrita merece varios comentarios:

En primer lugar, la prohibición de que los estatutos contemplen limitaciones a la libre cesión de las acciones sólo alcanza a las sociedades anónimas abiertas. Las cerradas, por el contrario, pueden contener en sus estatutos tales limitaciones.

En segundo lugar, la disposición transcrita no sólo no impide sino que

permite expresamente a los accionistas que, en virtud de pactos particulares celebrados entre ellos, se estipulen limitaciones a la libre cesión de sus acciones. Sin embargo, la misma disposición establece que si tales pactos no se depositan en el Registro de Accionistas, se tienen por no escritos. Esto no significa que si no se cumple con esta formalidad tales pactos serían nulos, puesto que la ley no señala un plazo perentorio dentro del cual deba cumplirse la formalidad. Significa que sólo pueden hacerse exigibles respecto de las partes en la medida que se encuentren depositados en el Registro.

En todo lo demás nos remitimos a lo dicho en la parte general respecto a este tema.

181. LOS DERECHOS PATRIMONIALES EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

En el caso de las sociedades anónimas es menester tratar dos tipos de derechos patrimoniales: (a) El reparto de dividendos; (b) La opción de suscripción preferente de acciones.

a) El reparto de dividendos

La ley establece que, salvo acuerdo diferente adoptado en la junta respectiva, por la unanimidad de las acciones emitidas, las sociedades anónimas abiertas deben repartir anualmente como dividendo a sus accionistas, a prorrata de sus acciones o en la proporción que establezcan los estatutos si hubiere acciones preferidas, a los menos el 30% de las utilidades líquidas de cada ejercicio (art. 79 Ley 18.046).

En el caso de sociedades anónimas cerradas, la ley establece que se estará a lo que dispongan sus estatutos y si éstos nada dijeren, se les aplicará la norma expresada en el párrafo precedente (art. 79 Ley 18.046).

Respecto a la forma cómo deben pagarse los dividendos, la regla general es que, salvo acuerdo diferente adoptado en la junta respectiva por la unanimidad de las acciones emitidas, los dividendos deben pagarse en dinero, sea que se trate de sociedades anónimas abiertas o cerradas (art. 82 Ley 18.046). Sin embargo, el mismo artículo autoriza a las sociedades anónimas abiertas para que, en lo que exceda a los mínimos obligatorios, por un acuerdo adoptado en la junta por simple mayoría, se otorgue una opción a los accionistas para recibir dividendos en dinero, en acciones liberadas de la propia emisión o en acciones de sociedades anónimas abiertas de que la empresa sea titular. En caso que el accionista no se pronuncie, el inciso segundo de la disposición citada establece que se debe entender que éste opta por dinero. Este derecho de que gozan las sociedades anónimas abiertas no lo tienen las cerradas, pues la disposición sólo se refiere a las primeras.

Respecto a la época en que deben pagarse los dividendo, se debe distinguir entre los dividendos mínimos obligatorios, los dividendos adicionales, los provisorios y los eventuales. Los mínimos obligatorios, que son aquellos que

ascienden al 30% de las utilidades del ejercicio o el porcentaje fijado como tal en los estatutos, siempre que fuere superior, son exigibles transcurridos 30 días contados desde la fecha de la junta que aprobó la distribución de utilidades del ejercicio. Respecto al pago de los dividendos adicionales, que son aquellos que exceden a los mínimos obligatorios, éste debe hacerse dentro del ejercicio en que se adopte el acuerdo y en la fecha que ésta determine o en la que fije el directorio, si la junta le hubiere facultado al efecto. El pago de los dividendos provisorios, que son aquellos que acuerda repartir el directorio con cargo a las utilidades del ejercicio en curso, debe efectuarse en la fecha que determine el directorio (art. 81 Ley 18.046).

Por último, para determinar qué accionistas tienen derecho al dividendo, el último inciso del art. 81 de la ley 18.046 vuelve a repetir la regla general dada por al art. 104 del Reglamento en orden a que los dividendos deben ser pagados a los accionistas inscritos en el registro respectivo el quinto día hábil anterior a las fecha establecidas para su solución.

b) La opción de suscripción preferente de acciones o debentures convertibles en acciones

El artículo 25 de la ley de Sociedades anónimas establece que "las opciones para suscribir acciones de aumento de capital de la sociedad o debentures convertibles en acciones de la sociedad emisora, o de cualesquiera otros valores que confieran derechos futuros sobre acciones, deberán ser ofrecidas, a lo menos por una vez, preferentemente a los accionistas a prorrata de las acciones que posean". La misma disposición agrega que en igual proporción serán distribuidas las acciones liberadas de pago.

Este derecho de opción preferente es esencialmente renunciable según lo dispone el inciso segundo de la referida norma, renuncia que importa en el fondo una pérdida de participación en el patrimonio social. También señala la disposición en comentario que el derecho es transferible. En otras palabras, el derecho es objeto de actos jurídicos.

El plazo dentro del cual debe ejercerse el derecho es de 30 días contado desde que se publique la opción en la forma y condiciones señaladas en el reglamento (Art. 25 inc. 2 Ley 18.046 y 29 del Reglamento).

182. LOS DERECHOS INDIVIDUALES EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

El artículo 20 de la Ley 18.046 establece expresamente la posibilidad de que ciertos accionistas gocen de facultades o privilegios especiales. Sin embargo, dispone que las preferencias deben constar en los estatutos y en los títulos de las acciones debe hacerse una referencia a ellas. Agrega la disposición que no puede estipularse preferencias sin precisar el plazo de vigencia y, finalmente, prohíbe aquellas que consistan en el otorgamiento de dividendos que no provengan de utilidades del ejercicio o de utilidades retenidas y de sus respectivas revalorizaciones.

La prohibición consagrada en la disposición mencionada es evidente, pues de lo contrario significaría que se estaría repartiendo el capital social entre los accionistas antes de ponerse término a la sociedad y sin que haya precedido una reforma de estatutos.

II. SOCIEDADES COLECTIVAS

183. LOS DERECHOS POLÍTICOS EN LAS SOCIEDADES COLECTIVAS CIVILES Y COMERCIALES

Sabemos que de acuerdo a lo que disponen los artículos 2.081 del Código Civil y 386 y siguientes del Código de Comercio, si el contrato social no designa la persona del administrador, se entiende que los socios se han conferido recíprocamente la facultad de administrar la sociedad, pudiendo cualesquiera de ellos oponerse a los actos administrativos del otro, mientras esté pendiente su ejecución o no hayan producido efectos legales.

Pues bien, en el caso de las sociedades civiles, si uno de los socios se opone a los actos administrativos del o de alguno de los otros, la cuestión, como es obvio, debe resolverse en base al principio mayoritario. Para estos efectos, el artículo 2.054 del Código Civil establece que "en las deliberaciones de los socios que tengan derecho a votar, decidirá la mayoría de votos, computada según el contrato, y si en éste nada se hubiere estatuido sobre ello, decidirá la mayoría numérica de los socios".

En idéntico caso, si se tratare de una colectiva comercial, el artículo 389 establece que "la oposición suspende provisoriamente la ejecución del acto proyectado hasta que la mayoría numérica de los socios califique su conveniencia o inconveniencia".

Las disposiciones son levemente diferentes, pero como la norma del Código Civil se aplica a las sociedades mercantiles en todo aquello que no sea contrario a lo dispuesto en el Código de Comercio, podemos afirmar que para ambos tipos sociales rige lo siguiente:

1. Bajo los supuestos ya mencionados, el derecho a voto de los socios de las colectivas civiles y comerciales se encuentra claramente instituido. Dicho derecho a voto se concede a cada socio en la forma establecida en los estatutos. Esto significa que la ley faculta a los socios para estipular diversas categorías de voto, o votos múltiples y en caso que nada se disponga al respecto la norma señala que decide la mayoría numérica de los socios;

2. Asimismo, la norma contempla la posibilidad de que algunos socios hayan renunciado a su derecho a voto. Esta renuncia no se encuentra condicionada -como en el caso de las sociedades anónimas- a que se obtenga por ellas un beneficio estatutario.

184. LOS DERECHOS PATRIMONIALES EN LAS COLECTIVAS CIVILES Y COMERCIALES

Es obvio que el principal derecho patrimonial de miembro consiste en el derecho a percibir las ganancias obtenidas por la sociedad. Sin embargo, es importante destacar que en este tipo de sociedades los socios tienen derecho a servirse para su uso personal de las cosas pertenecientes al haber de la sociedad, con tal que se emplee según su destino ordinario, y sin perjuicio de la sociedad y del justo uso de los otros (artículo 2.081 N° 2 del Código Civil).

III. LAS CORPORACIONES

185. CONSTITUCIÓN DE LAS CORPORACIONES, CONCESIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2° del Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica, las corporaciones pueden constituirse por instrumento privado reducido a escritura pública. Dicho instrumento privado debe ser firmado por todos los contribuyentes, individualizados con su rol único nacional o tributario. Debe contener, además, el acta de constitución de la corporación y los estatutos por los cuales ha de regirse.

Finalmente, se debe otorgar poder a una persona para que reduzca a escritura pública dicha acta y, también, para que efectúe la tramitación de la solicitud de aprobación de los estatutos y la aceptación de las modificaciones que el Presidente de la República proponga introducir a dicha corporación.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 4° del Reglamento sobre concesión de personalidad jurídica a corporaciones y fundaciones, publicado en el Diario Oficial de fecha 20 de marzo de 1979, el acto constitutivo, o lo que es igual, los estatutos de la corporación, deben contener las siguientes menciones: la indicación precisa del nombre y domicilio de la entidad; los fines que se propone y los medios económicos de que dispondrá para su realización; las categorías de socios, sus derechos y obligaciones, las condiciones de incorporación y la forma y motivos de exclusión, y los órganos de administración, ejecución y control, sus atribuciones y el número de miembros que los componen.

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 546 del Código Civil, "no son personas jurídicas las corporaciones y fundaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley, o que no hayan sido aprobadas por el Presidente de la República".

La concesión de personalidad jurídica a las corporaciones se efectúa de dos maneras distintas: por ley o por decreto del Presidente de la República. Un ejemplo de persona jurídica que ha obtenido su personalidad por ley es el caso de la Cruz Roja. Sin embargo, lo más corriente es que las corporaciones obtengan su personalidad jurídica por medio de decreto expedido por el Presidente de la

República, estando, por lo demás, dicha manera de concesión de la personalidad jurídica expresamente tratada en el reglamento según se verá a continuación.

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 548 del Código Civil "las ordenanzas o estatutos de las corporaciones, que fueren formados por ellas mismas, serán sometidos a la aprobación del Presidente de la República, que se la concederá si no tuvieren nada contrario al orden público, a las leyes o a las buenas costumbres".

En la práctica, la solicitud en que se pide la concesión de personalidad jurídica se dirige al Presidente de la República por intermedio del Ministerio de Justicia o del Secretario Regional Ministerial de Justicia respectivo, a excepción del que tenga su asiento en la Región Metropolitana (artículo 3° del Reglamento).

La referida solicitud debe ser patrocinada por un abogado legalmente habilitado para el ejercicio de la profesión (artículo 3° inciso 2° del Reglamento).

Para estos efectos, el Ministerio de Justicia ha elaborado un estatuto tipo que puede ser adoptado por las corporaciones que deseen obtener personalidad jurídica.

Recibida la solicitud por parte del Ministerio de Justicia, éste debe solicitar a las autoridades y organismos competentes los informes que legalmente deba requerir o estime necesarios para resolver sobre el beneficio impetrado. En todo caso, debe recabar el informe el Consejo de Defensa del Estado, a menos de que se trate de entidades que se acojan al estatuto tipo elaborado por el Ministerio de Justicia (art. 21 del Reglamento).

El Presidente de la República concede o deniega la aprobación solicitada, según el mérito que arrojen los antecedentes respectivos.

En todo caso, puede exigir las modificaciones que estime necesarias, las que deberán ser aceptadas y reducidas a escritura pública, sin lo cual no puede dictarse el decreto que concede la personalidad jurídica.

Suele resultar probable que la creación de corporaciones, o la aplicación de sus estatutos, vulnere en alguna manera los derechos de terceros. Para estos efectos, el artículo 548 inciso 2° del Código Civil establece que "todos aquellos a quienes los estatutos de la corporación irrogen un perjuicio, pueden recurrir al Presidente de la República para que en lo que perjudicaren a terceros se corrijan, y aun después de aprobados les quedará expedito su recurso a la justicia contra toda lesión o perjuicio que de la aplicación de dicho estatuto se les haya resultado o pueda resultarles".

186. EFECTOS DE LA DENEGACIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA

Si el Presidente de la República deniega la concesión de personalidad jurídica que se le solicita para una corporación, ella se entiende que no ha existido jamás como persona jurídica.

Igual efecto se produce mientras no obtengan la aprobación de sus estatutos por parte del Presidente de la República.

El hecho de que no se conceda personalidad jurídica no significa que el acto constitutivo de la corporación sea nulo y, por consiguiente, que no obligue a los

miembros o integrantes que concurrieron a su formación, a menos que sea declarado nulo por sentencia judicial. En consecuencia, la asociación misma subsistirá, pero no estará dotada de personalidad jurídica.

Los bienes que se hubieren aportado a la corporación seguirán perteneciendo a las personas que eran dueñas de ellos antes del acto constitutivo. Sin embargo, estarán afectos a una carga o destinación, consistente en el objeto para el cual fueron destinados en el acto constitutivo.

Finalmente, los actos y contratos que ejecute o celebre la asociación no reconocida, obligan a todos y a cada uno de los miembros solidariamente, siempre que ellos sean actos colectivos. Así lo dispone expresamente el inciso final del artículo 549 del Código Civil.

187. Modificación de las corporaciones

Al igual que para su nacimiento, la modificación de los estatutos de la corporación requiere de la autorización del Presidente de la República. A este respecto, el artículo 24 del Reglamento establece que "a la solicitud en que se pida la aprobación de la reforma de los estatutos de una corporación deberá acompañarse, reducida a escritura pública, el acta de la asamblea general en que se acordó la modificación. La asamblea deberá celebrarse con asistencia de un notario u otro ministro de fe legalmente facultado, que certificará el hecho de haberse cumplido con todas las formalidades que establecen los estatutos para su reforma".

La aprobación de las modificaciones tiene la misma tramitación que la aprobación de los estatutos. Sin embargo, el Presidente de la República se encuentra facultado para prescindir de los informes que estime innecesarios (art. 24 inciso 2° del Reglamento).

Ahora bien, se debe establecer que no obstante las facultades de los miembros de la corporación para modificar sus estatutos, éstos no se encuentran autorizados para alterar sustancialmente los fines estatutarios. En este sentido el inciso 3° del artículo 24 del Reglamento establece expresamente que "las corporaciones no podrán alterar sustancialmente sus fines estatutarios y corresponderá al Presidente de la República calificar si concurre o no dicha circunstancia".

188. Los derechos políticos en las corporaciones

El artículo 550 del Código Civil establece que la mayoría de los miembros de una corporación, que tengan según sus estatutos voto deliberativo, será considerada como una sala o reunión legal de la corporación entera. Agrega la disposición que la voluntad de la mayoría de la sala es la voluntad de la corporación. Finalmente, establece que lo dicho se entiende sin perjuicio de las modificaciones que los estatutos de la corporación dispongan a este respecto.

Por su parte, el artículo 18 del Reglamento de Concesión de Personalidad

Jurídica establece que los acuerdos se adoptarán por la mayoría absoluta de los asistentes a una asamblea.

El artículo 550 citado consagra expresamente la posibilidad de que ciertos miembros de la corporación carezcan del derecho a voto o se encuentre restringido al establecer el concepto de que sólo aquellos que gocen de este derecho pueden constituirse en una sala o reunión legal de la corporación entera. La norma no establece -como ocurre en el caso de las sociedades anónimas- que la privación del derecho a voto o la constitución de restricciones al mismo deba ser compensada mediante el establecimiento de beneficios estatutarios especiales. En todo caso, el último inciso del artículo 550 le reconoce a los particulares el derecho a establecer el régimen que sobre el particular estimen más conveniente.

IV. LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS

189. Los derechos políticos en las cooperativas

El artículo 41 de la Ley de Cooperativas establece el principio general de que cada socio tendrá derecho a un voto tanto en lo que se refiere a la elección de personas cuanto en lo relativo a las proposiciones que se formulen.

En consecuencia, esta normativa no contempla la posibilidad de renuncia al derecho a voto, así como tampoco la existencia de personas con derecho a voto múltiple, pues este régimen constituye en el fondo una forma indirecta de privación o restricción del derecho a voto. Tampoco acepta esta legislación un régimen de votación establecido en base al monto de los aportes que cada cual haya efectuado a la persona jurídica. En un orden similar de cosas, el artículo 29 establece que no pueden existir acciones privilegiadas.

Sin embargo, la ley acepta que para cierto tipo de cooperativas las Juntas Generales se constituyan por medio de delegados designados en la Junta Ordinaria, no pudiendo permanecer en sus cargos por más de un año desde la fecha de su elección, pudiendo ser reelegidos.

Respecto al ejercicio del derecho a voto por representación, el inciso 4 del artículo 41 de la ley del ramo establece que ningún socio podrá representar a más de un 10% de los socios presentes o representados en una asamblea general. Agrega la disposición que los estatutos de una cooperativa pueden disponer que la asistencia a Junta sea personal y que no se acepte, en ningún caso, mandato para asistir a ellas.

190. Los pactos de sindicación en las cooperativas

La ley no contempla la posibilidad de celebrar este tipo de convenciones, lo que no significa necesariamente que ellas se encuentren prohibidas o vayan en contra de su espíritu. El asunto deberá resolverse a la luz de los principios analizados en la parte general de este capítulo. Es necesario advertir, además, que

el inciso tercero del artículo 42 de la ley del ramo establece que las cooperativas pueden contemplar en sus estatutos cláusulas que confieran a las personas jurídicas de derecho público que participen en ellas el derecho a designar un determinado número de miembros en el Consejo de Administración, limitándose este privilegio a una minoría de los mismos. Si la propia ley consagra la posibilidad de establecer estatutariamente privilegios especiales en favor de entidades del Estado, no vemos por qué puede resultar ilícito que se celebren entre los socios pactos no estatutarios con el objeto de asegurar el control de la sociedad. Sin embargo, es dudoso que se pueda estipular no estatutariamente la permanencia en la cooperativa de uno o más socios, pues el artículo 24 de la ley del ramo garantiza a todo socio la facultad de retirarse de la cooperativa cuando lo estime conveniente, agregando que cualquier estipulación en contrario es nula.

191. LOS DERECHOS PATRIMONIALES EN LAS COOPERATIVAS

El inciso cuarto del artículo 1° de la Ley de Cooperativas establece la regla general de que éstas deben distribuir sus excedentes en proporción al esfuerzo social. El último inciso del artículo 48 de la Ley de Cooperativas precisa más este concepto señalando que los excedentes, en la parte que corresponda a operaciones realizadas por la cooperativa con los socios, se repartirá entre estos socios en la misma proporción que represente los beneficios que cada operación hubiere producido en el total de ellos.

Asimismo, se debe estipular que la ley faculta para establecer escalas de aportes mínimos para determinar el volumen de operaciones que pueden efectuar los socios (art. 22 Ley de Cooperativas).

V. COMUNIDADES Y ASOCIACIONES DE CANALISTAS

192. LOS DERECHOS POLÍTICOS EN LAS COMUNIDADES Y ASOCIACIONES

El artículo 222 del Código de Aguas establece: "Cada comunero tendrá derecho a un voto por cada acción que posea. Las fracciones de voto se sumarán hasta formar votos enteros, despreciándose las que no alcanzaren a completarlos, salvo el caso de empate, en que se computarán para decidirlo. Si no hubiere fracciones, el empate lo dirimirá el presidente". Cabe hacer presente, para la debida interpretación de este artículo, que cada acción representa una parte alícuota del caudal de un canal de regadío por lo que es perfectamente posible que existan fracciones de acción.

De acuerdo con el artículo 223, tienen derecho a voto los comuneros cuyos derechos de aguas estén inscritos en el Registro de la Comunidad y estén al día en el pago de las cuotas.

El ejercicio del derecho a voto por medio de la representación se encuentra permitido y reglamentado en el artículo 223 del Código del ramo. El mandato

-dice el artículo- deberá constar en instrumento otorgado ante Notario Público, pero si se otorga a otro comunero, bastará una carta poder simple. Las comunidades y sucesiones comparecerán por medio de un solo representante.

193. Los derechos patrimoniales en las comunidades y asociaciones

El objetivo de estas organizaciones de usuarios está definido en el artículo 186 del Código de Aguas y consiste en tomar las aguas del canal matriz, repartirlas entre los titulares de derechos, construir, explotar, conservar y mejorar las obras de captación, acueductos y otras que sean necesarias para su aprovechamiento. De esta forma, los derechos patrimoniales de los socios consisten precisamente en esos objetivos, de forma que nos parece que su análisis se extingue con su enumeración.

CAPÍTULO VIII

VOLUNTAD Y ADMINISTRACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

INTRODUCCIÓN

194. CONCEPTOS GENERALES

Las personas morales deben tener la posibilidad de actuar en el mundo de los negocios y en la vida jurídica, celebrando actos y contratos, adquiriendo y enajenando bienes, pagando sus obligaciones y expresando su voluntad, pues representan un centro de intereses unitario no sólo desde el punto de vista del derecho sino, también, desde la perspectiva de la comunidad social. Pero la manera cómo deben actuar es lo que se encuentra en discusión, pues técnicamente se presentan dos alternativas a elegir, siendo distintos los efectos prácticos que ambas conllevan, según se verá.

En efecto, la posibilidad de actuar por sí mismo en la vida jurídica es lo que se denomina capacidad de obrar o capacidad de ejercicio. Hasta el momento, no ha sido discutido por la doctrina el hecho de que se debe dotar a las personas jurídicas de capacidad de goce[351]. Sin embargo, no ha ocurrido lo mismo con la capacidad de obrar, pues, para algunos[352], la persona jurídica es considerada

---

351 Se debe advertir que para todos aquellos autores partidarios de la teoría de la especialidad, la capacidad de goce de las personas morales se encuentra limitada por el objeto o fin de la entidad.

352 Barassi, Lodovico (INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL, Editorial Bosch, Barcelona, 1955), vol. I, pág. 89, sostiene que la persona jurídica no tiene capacidad de obrar, por cuanto es una identidad ideológica carente de cuerpo físico y, por lo tanto, de voluntad; Savigny, Federico (SISTEMA DE DERECHO ROMANO ACTUAL, Madrid, 1879), Tomo II, págs. 88 y 89, pero advierte el autor que al dar como fundamento necesario de la representación artificial la incapacidad de obrar, natural a las personas jurídicas, no debe entenderse literalmente, porque algunos autores piensan que un acto emanado de los miembros de una corporación, es el acto de

únicamente como sujeto de derecho y no como sujeto de voluntad, en circunstancia que, para otros[353], la entidad moral es concebida esencialmente como sujeto de derecho y de voluntad.

En la primera concepción, la persona jurídica es un ente incapaz de obrar que, al igual que los dementes, los impúberes y los demás incapaces, ha de tener un representante que supla su falta de voluntad. De esta manera, los efectos de los actos del representante, supuesto que sean ejecutados en nombre de la persona jurídica y dentro del poder de representación, se radican en la persona jurídica, pero no se consideran como emanados de la persona misma sino que, por el contrario, como actos ejecutados o celebrados por su representante, pero no por el sujeto en cuyo patrimonio se radican los efectos del acto jurídico.

En la segunda concepción, la persona jurídica aparece como un ente plenamente capaz de ejercicio, que obra a través de sus órganos. De esta forma, los actos emanados de estos órganos se consideran actos de la persona jurídica misma, no existiendo entre órgano y persona moral ninguna relación jurídica como ocurre con la representación, sino una situación jurídica por la cual una persona obra inmediata y directamente por medio de alguna de sus partes.

La primera concepción se denomina teoría de la representación; la segunda, teoría del órgano. Ambas serán tratadas por separado y con mayor detención a continuación.

la corporación misma, y que la representación no ha sido introducida sino a causa de la dificultad que ofreciera traer a todos los miembros de esta corporación a una unidad de acción y de voluntad. Sin embargo, el mismo Savigny agrega que no obstante lo dicho, el total de los miembros que componen la entidad difieren esencialmente de la corporación misma; y cuando aquéllos, sin exceptuar ninguno, se reunieran para obrar, éste no sería un acto del ser ideal a quienes llamamos persona jurídica; Ferrara, Francisco (TEORÍA DE LA PERSONA JURÍDICA), obra citada, pág. 763 y siguientes, rechaza la teoría orgánica por las razones que se verán más adelante.

353 Enneccerus, Ludwig (TRATADO DE DERECHO CIVIL, PARTE GENERAL, Publicaciones Jurídicas Bosch, Buenos Aires, 1948), Tomo I, págs. 438 y 439, dice: Los actos que los órganos estatutarios (no los representantes corrientes, de los cuales se distinguen con especial claridad) ejecutan en el desempeño de las funciones que les competen, se consideran como actos de la propia persona jurídica. Su voluntad vale como voluntad de la persona jurídica y, por ende, ésta responde exactamente como la persona natural de su propia voluntad. Las personas jurídicas del derecho civil son, pues, organizaciones (esto es uniones e instituciones para determinados fines) reconocidas como sujetos de derecho y de voluntad. Rechaza, finalmente, este autor, la teoría de la representación, pues no se ajusta a la esencia de las cosas, cuando concluye que las personas jurídicas son irresponsables por los actos ilícitos de sus representantes; Santoro Pasarelli (DOCTRINAS GENERALES DE DERECHO CIVIL, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964), pág.30, señala que la persona jurídica es, por definición, capaz de obrar, ya que la personalidad se le ha concedido precisamente para desarrollar la actividad jurídica necesaria para la realización de su fin; Josserand, Louis (DERECHO CIVIL, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952), tomo I, vol. I, pág. 466, señala que la capacidad de ejercicio no puede ponerse seriamente en duda, por lo menos en lo que concierne a las agrupaciones pertenecientes al derecho privado. Participan de esta posición Endemann, Zitelmann, Gierke, Planiol, Ripert, todos citados por Enneccerus. En nuestro país, Alessandri, Arturo, DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL EN EL DERECHO CIVIL CHILENO, Ed. Universitaria), N° 103 y siguientes.

195. LA TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN

Esta concepción viene del derecho romano. Las personas jurídicas son asimiladas a los enajenados y a los impúberes: como éstos, aquéllas tienen la capacidad de goce sin la capacidad natural de obrar. Tanto unos como las otras unen a la capacidad absoluta de goce la incapacidad absoluta de obrar. "Esta contradicción trae consigo un remedio artificial, la representación, la cual se encuentra para la persona natural en la tutela y para la persona jurídica en su constitución"[354].

No obstante lo anterior, los autores partidarios de esta teoría consienten en dar a la representación de las personas jurídicas algunas características especiales. En efecto, para Farrara[355], la posición constitucional de los representantes de las personas jurídicas no es la de los mandatarios especiales: su actuación ha de encuadrarse dentro de presupuestos generales formulados para el desempeño de un círculo de funciones; los representantes son formadores de la voluntad corporativa o institucional, por lo cual su posición se aproxima a la de los representantes legales.

Tiene de particular, también, esta representación, la circunstancia de que el representado no es un particular, sino una pluralidad compuesta por una unidad jurídica; pluralidad a la que el representante pertenece eventualmente, de modo que, obrando en interés de todos, obra también en interés de sí mismo.

Se critica esta posición porque la o las personas que, como órganos, obran por la entidad moral, tienen una personalidad que se identifica con la entidad misma, principalmente porque forman parte de la estructura interna de la persona jurídica. Por este motivo -se dice- falta, entonces, la persona del representante.

196. LA TEORÍA DEL ÓRGANO

"La teoría del órgano debe dividirse en dos fases históricamente sucesivas: la primera en que originalmente se lanza el concepto, que entiende por órgano al individuo o conjunto de individuos que obran actuando la vida de la corporación; y la segunda, más reciente, en que se distingue entre órgano y personas portadoras de la calidad de órgano, entendiéndose por el primero el oficio o la función a que son llamadas las personas físicas"[356].

La primera posición está representada principalmente por Gierke, quien considera que la persona jurídica es capaz de querer y de obrar, siendo por esa precisa circunstancia que el derecho le atribuye personalidad a los entes colectivos, porque los considera como portadores de voluntad. La persona colectiva -según Gierke- quiere y obra por medio de sus órganos, estando dichos órganos destinados al cumplimiento de las diversas funciones de la colectividad.

---

354 Savigny, Federico, obra citada, pág. 88.
355 Ferrara, Francisco (TEORÍA DE LA PERSONA JURÍDICA), obra citada, pág. 823.
356 Ferrara, Francisco (TEORÍA DE LA PERSONA JURÍDICA), obra citada, pág. 578.

Entre órganos y persona jurídica no existe una relación de representación sino de voluntad y acción del órgano. Es la propia persona la que quiere por su órgano. En la representación, el apoderado o representante obra por un tercero; el órgano obra como parte de un gran todo[357].

Parte de la doctrina ha criticado esta posición, porque el hecho de pensar que los actos de los órganos son o deben considerarse como propios del ente colectivo, es una ficción. En efecto, si no lo fuera, si en realidad el órgano fuera una parte indivisible de la persona jurídica, se debería establecer la imposibilidad de relaciones entre ambos estamentos, en circunstancias que el derecho positivo nos muestra una serie de relaciones jurídicas entre órgano y ente colectivo.

Con motivo de esta crítica surgió la segunda posición representada principalmente por Jellineck. Este autor distingue entre "órgano" y "portador de órgano". Por órganos se entienden las funciones, los oficios, las esferas abstractas de poderes y facultades en que se distribuyen idealmente las actividades de una persona jurídica. Pero como tales, se confunden con el ente colectivo y carecen absolutamente de toda personalidad. El portador de la calidad de órgano es aquella persona que ejerce el cargo, o sea, la función, pero que no puede ser de modo alguno identificado o confundido con el órgano mismo.

Advierte Ferrara[358] que de esta última posición se pueden sacar dos conclusiones: La primera es que la palabra "órgano" no pasa a tener más que un valor convencional, nominal o ficticio. No puede tener valor práctico para el derecho porque las relaciones entre persona jurídica y órgano, entendido de esta forma, son "insignificantes". La verdadera relación se establece entonces entre persona jurídica y la persona portadora de la calidad de órgano; la segunda es que la relación que existe entre la persona que porta la calidad de órgano y la persona jurídica, no constituye algo contrapuesto a la representación, esto es, no puede ésta quedar excluida, ya que no se puede decir que el portador de la calidad de órgano tiene una personalidad que se identifica con la de la persona jurídica misma.

197. DIFERENTES CONCLUSIONES PRÁCTICAS DE AMBAS DOCTRINAS

Las doctrinas reseñadas no tendrían sentido alguno si no fuera porque las conclusiones prácticas a que llegan una y otra son diferentes:

a) En primer término, para la teoría de la representación, la relación que existe entre la persona jurídica y sus administradores es un poder de representación, y de

---

357 Brunetti (TRATADO DEL DERECHO DE SOCIEDADES, Unión Tipográfica, Editorial Hispano Americana, Buenos Aires, 1960), Tomo II, pág. 335 dice: Los órganos son aquellas personas o aquellos grupos de personas físicas que por disposición de la ley, están autorizados a manifestar la voluntad del ente y a desarrollar la actividad necesaria para la consecución de sus fines.

358 Ferrara, Francisco (TEORÍA DE LA PERSONA JURÍDICA), obra citada, págs. 585 y siguientes.

ésta específica relación jurídica han de determinarse las normas legales que regulan los deberes, atribuciones y responsabilidades de representados y representantes entre sí y respecto de terceros.

En cambio, para la teoría del órgano, la relación que existe entre persona jurídica y sus órganos, "es un concepto estrictamente jurídico; no indica ninguna relación entre sujetos. Cuando se dice que entre dos o más sujetos existe una relación orgánica se indica una "substancia", no una relación; órgano es la forma relativa de la relación jurídica. Su noción es, por consiguiente, objetiva y formal"[359]. Consecuencia de esto y de la absoluta identidad entre persona jurídica y órgano es que no se concibe ninguna acción de responsabilidad contra los administradores por los actos que entran en el ámbito de su función. La responsable será siempre la persona jurídica.

b) En segundo término, entre relación orgánica y relación de representación existe una diferencia esencial: la persona portadora de la calidad de órgano no es exponente de un derecho ajeno, sino de un derecho que le pertenece en razón del cargo. Por este motivo, teóricamente, el órgano debería estar autorizado para impugnar los acuerdos de las asambleas de socios o accionistas que infrinjan la ley o los estatutos[360].

198. NUESTRA POSICIÓN Y CONCLUSIÓN

En nuestra opinión, la relación que existe entre aquellos que obran por la persona jurídica y esta misma, no puede ser confundida con la representación, fundamentalmente por los siguientes motivos:

a) Porque órgano es un concepto jurídico que en la práctica resulta más amplio que la representación. Lo demuestra el hecho de que, por una parte, no todo representante es órgano y, por otra parte, no siempre una relación orgánica implica una relación de representación. Por ejemplo, hay órganos de una persona jurídica, como la asamblea de socios o accionistas, que tienen funciones deliberativas, quizás, también, directivas, pero carecen absolutamente del poder de representación. La Junta de Accionistas de una sociedad anónima o la Asamblea de Socios de una Corporación o Sociedad Cooperativa, no pueden representar a la persona jurídica en un contrato de compraventa. Otro tanto ocurre con la Comisión Revisora de Cuentas. De esta forma, si el órgano equivaliese a

359 Brunetti, obra citada, tomo III, pág. 357.

360 El artículo 2.377 del Código Civil Italiano consagra expresamente esta posibilidad. En efecto, el inciso segundo de la disposición citada dice: Las deliberaciones que no se tomen de conformidad con la ley o el acto constitutivo pueden ser impugnadas por los administradores, por los síndicos y por los socios ausentes o disidentes, y las de la asamblea ordinaria también por los socios con derecho a voto limitado, dentro de los tres meses a contar de la fecha de la deliberación o bien si ésta está sujeta a inscripción en el registro de empresas, dentro de los tres meses desde la inscripción.

representante, no se explicaría cómo pueden existir órganos destituidos de representación.

b) Porque, por lo mismo, el concepto de órgano resulta absolutamente insustituible si se quiere explicar la naturaleza jurídica de la Asamblea de Socios o la Junta de Accionistas, dado que ésta no es representante de la entidad. De esta forma, si se acepta que la asamblea es un órgano de la persona jurídica -como forzosamente debe hacerse- cabe concluir que los administradores, que tanto como la asamblea resultan indispensables para que la persona jurídica pueda participar en la vida del derecho, también tienen la calidad de órgano de la misma.

c) Porque el representante expresa su propia voluntad, lo que permite suponer una voluntad distinta, separada o contraria a la del representado. En cambio, el órgano es siempre el depositario y el portador de una voluntad única, que no es otra ni puede ser diferente, separada o contraria a la de la persona jurídica. Esta es la única explicación satisfactoria al hecho de que la persona jurídica responda penalmente por la actividad ilícita de sus órganos cuando, por ejemplo, ella se ve expuesta a sufrir sanciones pecuniarias por las conductas contrarias a la ley antimonopolios en que incurra la administración.

En nuestra opinión, de los fundamentos anteriores, se concluye que la relación existente entre la persona jurídica y sus órganos es una relación *sui generis* denominada órganica, queriendo significar con ello que hay en cierto modo compenetración entre éstos y aquélla y no una separación tajante como la que existe entre representante y representado. Sin perjuicio de lo anterior, es posible que existan órganos dotados de la facultad de representación, como ocurre, por ejemplo, con el directorio de las sociedades anónimas o los socios encargados de la administración de la colectiva mercantil o los gestores de las comanditas; pero, en tales casos, la figura del órgano absorbe a la del representante. Esto significa que el órgano dotado de esta facultad manifiesta, supuesto que obre dentro de su competencia, la voluntad de la persona jurídica.

199. ÓRGANOS DE LA PERSONA JURÍDICA

En toda persona jurídica concurren fundamentalmente tres poderes, correspondientes al poder deliberativo, al poder administrativo y de representación y al poder de control. Eventualmente puede surgir un cuarto poder que es el denominado "de policía". A estos tres poderes fundamentales corresponden respectivamente tres órganos de las personas jurídicas que son el órgano deliberante, el órgano administrativo y el órgano de control.

De esta manera, podríamos definir el concepto de órgano como aquellos cargos u oficios que, por disposición de la ley o los estatutos, se encuentran autorizados para ejercer los poderes que concurren en las personas jurídicas, a saber, el deliberativo, el administrativo, el de control y, eventualmente, el poder de policía correccional.

Toda persona jurídica actúa y vive por sus órganos. En muchos casos, los

órganos de las personas jurídicas son embrionarios, como ocurre, por ejemplo, en las sociedades de personas, pero casi siempre se puede reconocer en ellas un poder deliberante, un poder separado de representación y administración en sentido estricto, a través de los cuales se expresa la voluntad social, y un poder de control de la gestión social. En otros casos, por ejemplo, en las sociedades anónimas, en las corporaciones y en las sociedades cooperativas, los órganos se encuentran extraordinariamente desarrollados.

El poder deliberante está conformado siempre por la voluntad de los socios reunidos, los cuales pasan a constituir un órgano de la persona jurídica dotado del poder de deliberación. El poder de representación y administración está entregado a los "administradores" de la persona jurídica en virtud de los estatutos, siendo los encargados de llevar a cabo los acuerdos del poder deliberante y actuar por la sociedad frente a terceros. El poder de control está entregado a un órgano de la persona jurídica a quien se le confía la inspección y vigilancia de la gestión social y que se denomina Comisión Revisora de Cuentas o Junta de Vigilancia, según los varios casos. Finalmente, el poder de policía correccional es el derecho de toda persona jurídica a sancionar a sus miembros que infrinjan las normas o estatutos por los que dicha entidad se rige y corresponde al órgano que los estatutos designen. Este derecho se encuentra reconocido por el artículo 554 del Código Civil, que expresa: "Toda corporación tiene sobre sus miembros el derecho de policía correccional que sus estatutos le confieran, y ejercerán este derecho en conformidad a ellos"[361].

Por otra parte, los órganos de las personas jurídicas suelen clasificarse en unipersonales y pluripersonales, queriendo significar con ello el hecho de que, a veces, el órgano está integrado por una persona o por un grupo de personas. Los órganos pluripersonales plantean problemas adicionales para el derecho que es necesario resolver. Éstos dicen relación con la forma de integrar, de producir la voluntad del órgano; la naturaleza jurídica de los acuerdos adoptados en el seno del órgano; el régimen de quórum y mayorías; la invalidez de dichos acuerdos y sus efectos, etc. Estos problemas serán analizados en los párrafos siguientes.

SECCIÓN PRIMERA
LA ASAMBLEA DE SOCIOS O JUNTA DE ACCIONISTAS
PARTE GENERAL

200. LA ASAMBLEA COMO ÓRGANO DE LA PERSONA JURÍDICA

La asamblea de miembros o junta de accionistas, en su caso, es el

---

361 Puede consultarse la obra de Juan L. Páez titulada TRATADO TEÓRICO Y PRÁCTICO DE LAS ASOCIACIONES, Ediar, Buenos Aires, 1964, la que en su capítulo séptimo contiene un interesante estudio sobre el derecho disciplinario corporativo.

instrumento primario de formación de la voluntad de las personas jurídicas, al mismo tiempo que se identifica con la entidad moral misma. Se suele decir que la asamblea se encuentra en situación de supremacía y es el órgano soberano de la sociedad, "no en el sentido de que su actividad no esté sujeta a limitaciones, que las tiene múltiples, sino en cuanto que sus componentes no son designados por nadie, pues lo son en virtud de su calidad de socios, y a la vez porque no deben rendir cuentas de su actividad a nadie"[362-363].

Sin embargo, como se ha insinuado, cabe tener presente que la asamblea no reúne la totalidad del poder de la entidad. En realidad, se trata de un órgano que obra sólo con efectos en lo interno, en el sentido que la voluntad de la entidad sólo se proyecta y se exterioriza por medio de los administradores, los cuales

---

362 Ferrara, Francisco (SOCIEDADES Y EMPRESARIOS), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, pág.160.

363 Ferrara, Francisco (TEORÍA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS), obra citada, págs. 763 y siguientes, estima que la asamblea no es un órgano de la sociedad sino una forma de presentación de la colectividad. Fundamenta la conclusión en virtud de los motivos que se exponen a continuación: 1° De la historia. Recuérdense los casos en que en la antigüedad el pueblo ejercía en los comicios directamente su señoría, haciendo leyes, declarando la guerra, tratando la paz, deliberando sobre los asuntos de la comunidad, juzgando, castigando, y las formas aún vivas de comunidades agrarias, que obran sólo colectivamente en la forma de Asamblea, sin ulteriores órganos de ninguna clase (las universitates inordinatae) de los antiguos. 2° De la potestad jurídica que corresponde a la Asamblea. Los escritores, en efecto, confiesan que la Asamblea es el órgano supremo central, señorial, en la que se concentra toda la vida de la corporación, que tiene en sí todos los poderes en cuanto no hayan sido asignados a otros por los estatutos. La Asamblea nombra a los representantes y los depone, traza a grandes líneas la tendencia e impulso de la vida corporativa, vigila y fiscaliza la acción, recibe cuentas de la gestión, puede alterar los estatutos, incluso acordar la disolución de la asociación... Ahora bien: ¿Cómo podría un órgano tener tales facultades y llegar a la anulación o disolución del organismo de que forma parte? La plenitud de la potestad corporativa es índice que aquí encontramos enfrente del dominus, a la corporación; no es un órgano subordinado a ésta. 3° Añádase que la Asamblea de los miembros que nos parece dominando la vida corporativa es en su origen aquella misma, y jurídicamente la continuadora de la Asamblea constituyente que fundó la asociación. Ahora bien, si en principio no puede dudarse de que la totalidad de los miembros que forman la asociación forma su sustrato, al cual se conecta la personalidad, no se entiende cómo después ésta se transforma en órgano. Ciertamente, la totalidad regula por el estatuto la forma de desenvolvimiento de la propia actividad; pero esta regulación por autolimitación y sujeción no puede hacer perder a la Asamblea la cualidad de señora, encarnación viva del ente colectivo. 4° Una última prueba se saca del parangón entre la Asamblea y la posición jurídica de los demás órganos o representantes. Éstos están investidos del cargo en virtud de un acto de nombramiento, pueden ser depuestos; entre ellos y la asociación interviene una relación productiva de derechos y obligaciones; el órgano está obligado a tener diligencia, es responsable por sus actos ante la corporación, etcétera. Pero pruébese un momento a aplicar estos principios a la Asamblea: la Asamblea no es nombrada por otros, ni puede ser depuesta o durar sólo por un cierto tiempo; entre Asamblea y corporación no hay relación alguna de alteridad; si la Asamblea obra mal, no es responsable ante el ente; no es concebible una acción de reembolso de la corporación contra la Asamblea como lo es, en cambio, hacia el director o los administradores o síndicos. ¿Por qué? La razón es obvia, no se puede ser responsable para consigo mismo: la totalidad de los miembros reunidos en Asamblea es la asociación.

ostentan, además, la representación de la persona jurídica y la calidad de ejecutores de los acuerdos de la asamblea.

Pero, aun en lo interno, la asamblea no es titular de un poder omnímodo, en el sentido que sea ella la única indicada para decidir la marcha de la persona jurídica. Eventualmente los administradores podrían oponerse a la realización de actos o hechos contrarios a la ley o los estatutos. En este sentido, conviene tener presente la opinión de Brunetti[364], según la cual "la asamblea de los miembros de la entidad es un pequeño parlamento investido de poderes vastísimos, pero que, por su estructura, no puede dirigir ni controlar la marcha de los negocios sociales. El gobierno de la sociedad está en manos de los administradores, órgano de gestión y, al propio tiempo, de manifestación externa de su voluntad". Es cierto, sin embargo, que la asamblea tiene el poder de nombrar y, eventualmente, revocar el nombramiento de los administradores. Pero, en realidad, los "dueños" de la entidad (sobre todo en las sociedades de capital), son los administradores. En la marcha de los negocios sociales la asamblea suele ejercer un control *a posteriori.*

Se debe hacer presente, finalmente, que la Junta,"aunque formada por los socios, no se confunde con ellos: todos los accionistas reunidos casualmente no forman la Junta, porque es presupuesto de ésta que la reunión se produzca con ciertas formalidades especiales de convocatoria, mediante las cuales se llama expresa y adecuadamente a los socios para que manifiesten su voluntad social. Por otra parte, no debe confundirse la voluntad de la Junta con la voluntad de los socios que tienen la mayoría del capital, pues de no ser así bastaría con citar a éstos y dejarles la decisión, cuando por el contrario es preciso convocar a todos"[365].

201. LA RESPONSABILIDAD DE LA ASAMBLEA

Por identificarse, en cierto modo, la asamblea de socios con la persona jurídica misma, no es concebible la relación jurídica entre la asamblea como tal y la entidad. Esto significa que la asamblea no da órdenes a la persona jurídica, sino a sus administradores. Por este motivo, a nuestro juicio, no se podrían derivar para los miembros de la asamblea responsabilidades civiles por los actos de la persona jurídica, a menos que se descarte la estructura formal de la persona moral, en virtud de las causales ya vistas.

En este sentido, el directorio o los administradores de la persona jurídica o responden personalmente frente al perjudicado o responde la persona jurídica misma, pues no pueden excusarse invocando las deliberaciones de la asamblea; esas deliberaciones o instrucciones son nulas como todo mandato para ejecutar actos ilícitos. Como dice Von Thur[366-367], "las deliberaciones de la asamblea no

---

364 Brunetti (Tratado del Derecho de Sociedades, Unión Tipográfica, Editorial Hispano Americana, Buenos Aires, 1960), Tomo II, pág. 360.

365 Ferrara, Francisco, Empresarios y Sociedades, op. cit., pág.262, Nº 180.

366 Von Thur (Derecho Civil, Tomo II, Vol. 1), op. cit., pág. 210.

367 La afirmación de Von Thur en orden a que las deliberaciones o acuerdos de la asamblea no son

pueden considerarse de por sí actos ilícitos, porque tienen efectos externos sólo en cuanto el Directorio u otro órgano ejecutivo los ejecute, y sobre todo porque la culpa puede existir sólo respecto a individuos; la culpa sólo podría imputarse a los individuos que votaron la deliberación perjudicial para un tercero".

No obstante, si se descarta la forma de la persona jurídica, suponiendo que ello se hace en virtud de los principios ya vistos, puede perseguirse la responsabilidad civil -solidaria a nuestro juicio- de los miembros de la asamblea que votaron favorablemente el acuerdo, en cuanto ellos han sido coautores de un delito o cuasidelito civil y, por ende, les resulta enteramente aplicable lo dispuesto en el artículo 2.317 del Código Civil, que expresa: "Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito".

202. CONVOCATORIA Y SU PUBLICACIÓN. DERECHO A EXIGIR SE CONVOQUE A JUNTA. INDEMNIZACIÓN DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS POR LA INFRACCIÓN DE ESTE DERECHO

Las Juntas o Asambleas son órganos de las personas jurídicas que no se encuentran permanentemente constituidos sino que, por el contrario, es menester proceder a su constitución válida cada vez que se necesite que hagan uso de las facultades que los estatutos de la entidad le asignen. Para ello, es necesario que se reúnan como "órgano" de la persona jurídica y no a cualquier otro título. Los miembros o integrantes de la persona jurídica se reúnen en los casos que exige la ley, los estatutos o ellos mismos, para analizar las materias de su competencia y previo cumplimiento de las formalidades respectivas, las que consisten principalmente en la "convocatoria".

La convocatoria es un acto complejo por el cual el órgano o personas facultadas para ello citan a reunión o asamblea de socios, esto es, llaman a constituirse al órgano deliberativo de la persona jurídica a fin de que trate las materias que sean de su competencia y efectúan las publicaciones de rigor. Salvo disposición expresa en contrario, la convocatoria no puede faltar de manera alguna, aun cuando se reúnan todos los miembros de la persona jurídica. La publicación es el acto por el cual se da a conocer a los miembros y a terceros el hecho de que se ha citado a Junta de Socios y las materias que serán tratadas en ella, a fin de que los primeros puedan concurrir a la misma y los segundos puedan conocer la marcha de la persona jurídica. Se debe advertir que las normas de publicidad, a menos que exista disposición expresa en contrario, no pueden ser renunciadas por los socios o accionistas de la persona jurídica, "pues ellas han sido dictadas no ya en el solo interés de los socios, sino en interés de terceros, los

---

de por sí actos ilícitos, ha sido contradicha por la propia doctrina alemana, entre otros por Oertmann, citado por el mismo autor. En realidad, en nuestra opinión, no son actos ilícitos imputables a la persona jurídica, pero sí lo son en cuanto pueden ser imputados a los individuos que lo adoptaron, en la medida que se descarte la forma de la persona jurídica.

cuales deben ser puestos en situación de seguir la marcha de la sociedad, cuyo capital constituye su garantía[368]. Empero, esta opinión no es compartida por toda la doctrina. Von Thur[369], por ejemplo, estima que "las deliberaciones de la asamblea son inválidas si la convocatoria no se efectuó en debida forma; por ejemplo, sin la comunicación personal a cada miembro establecida por los estatutos, a menos que éstos establezcan otra consecuencia o que habiéndose presentado todos los miembros ninguno objetara la convocatoria, ya que entonces, a pesar del vicio formal, se logró el propósito, esto es, la posibilidad para cada miembro de participar en la reunión.

Si las formalidades de publicidad han sido establecidas por la ley, la opinión de Von Thur no puede ser aceptada en nuestro ordenamiento jurídico, dado que recibiría plena aplicación el artículo 11 del Código Civil, que expresa: "Cuando la ley declara nulo algún acto, con el fin expreso o tácito de precaver un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley". Todo lo cual se entiende sin perjuicio de lo que digan las leyes especiales sobre este determinado particular, verbigracia, el artículo 60 de la ley de sociedades anónimas, según se verá.

El órgano de la entidad encargado de citar o convocar a Junta o Asamblea es su directorio. No obstante, normalmente las leyes conceden a los socios o accionistas que representen una determinada parte del capital con derecho a voto o del total de los miembros, el derecho a exigir al Directorio que convoque a junta o asamblea de socios o accionistas. En tal evento, el directorio está obligado a respetar esa voluntad sin examinar su conveniencia o importancia. La mayoría de la doctrina[370] estima que "no se puede confiar al directorio la apreciación de las causas por las cuales la minoría quiere la convocación de la asamblea, desde el momento que entre ambos existe una diferencia de opiniones. Por otra parte, el hecho de tratar un asunto en la asamblea, no es de por sí perjudicial para la asociación; en casos urgentes el directorio puede obrar a su riesgo si se trata de una materia de su competencia y si está convencido de que la asamblea aprobará su decisión".

No obstante, se debe advertir que los socios o accionistas no disponen de una pretensión ejecutiva para realizar o llevar a efecto el derecho en referencia; pero, de ser necesario, pueden recurrir a la Justicia o a la autoridad administrativa para que haga cumplir la decisión y para que se indemnicen los daños y perjuicios que el incumplimiento de esta obligación por parte del directorio, le ha producido

---

368 Ascarelli, Tulio (SOCIEDADES Y ASOCIACIONES COMERCIALES, Ediar S.A., Buenos Aires, 1947), pág. 318.

369 Von Thur, Andreas (Derecho Civil, Personas), op. cit., pág.173. En igual sentido se manifiesta Enneccerus Ludwig, obra citada (Derecho Civil, Parte General), Tomo I, pág. 490. La postura, sin embargo, no es compartida unánimemente por la doctrina alemana.

370 Plank, Oertmann, Von Thur (Derecho Civil, Personas, obra citada), pág.174 y nota 10.

a la persona jurídica[371]. Se debe advertir que, en opinión de algunos autores[372], tal incumplimiento no da derecho a los socios o accionistas para demandar la indemnización de los perjuicios que se le pudieren haber causado a ellos mismos, pero nuestro ordenamiento jurídico no establece ninguna limitación al respecto, por lo que no puede negarse el derecho a exigir la indemnización de los perjuicios personales. Cabe advertir, sin embargo, que -como diremos más adelante- el daño personal que resulta indemnizable no es el mismo que sufre la persona jurídica, no pudiéndose asimilar al perjuicio personal aquel indirecto que se sufre por ser socio de la persona jurídica.

203. LA CONVOCATORIA EN SEGUNDA CITACIÓN

La convocatoria a junta en segunda citación se produce cuando no se reúnen los quórum de asistencia suficientes para constituir la asamblea en primera citación. Constituye, en el fondo, una reiteración del primer llamado, y se usa para liberar de la exigencia de reunir quórum especiales para constituir o declarar instalada la asamblea.

La cuestión que resulta discutible es la oportunidad en que se debe llevar a efecto la asamblea convocada en segunda citación, esto es, si puede realizarse inmediatamente después de la convocada en primera, sin necesidad de efectuar nuevas publicaciones o, por el contrario, es necesario repetirlas con la advertencia de que constituye el segundo llamado y que la junta se realizará con sólo los que asistan. La mayoría de las veces -como veremos- los distintos cuerpos legales contienen normas expresas referentes a este asunto, pero si nada se dice, es inconcuso que las publicaciones deben volver a repetirse y, por ende, la junta no puede llevarse a efecto inmediatamente después de aquella que estaba prevista en primera citación, pues el fin de este segundo llamado es que los miembros de la

---

371 El artículo 37, inciso 2° del Código Civil Alemán, dice: Si la petición no es atendida, el juzgado en cuyo distrito tiene su sede la asociación, puede autorizar a los miembros que han hecho la petición a la convocatoria de la junta y adoptar determinación sobre la constitución de la presidencia de la misma. En la convocatoria debe hacerse referencia a la autorización. Por su parte, el inciso segundo del artículo 2.367 del Código Civil Italiano establece lo siguiente en relación a las sociedades anónimas: Si los administradores o, en su lugar, los síndicos no la proveen, la convocatoria de la asamblea se ordena por decreto del presidente del tribunal, el cual designa la persona que debe presidirla.

372 Von Thur, Andreas (Derecho Civil, Personas, obra citada), pág.174, señala que el artículo 36 del Código Civil Alemán no atribuye una pretensión individual del miembro contra el directorio, pues el directorio tiene obligaciones frente a la asociación, pero no frente a los miembros. El artículo 36 citado dice: la Junta de miembros ha de convocarse en los casos determinados por los estatutos, así como cuando el interés de la asociación lo requiera. La opinión de Von Thur no es seguida por toda la doctrina alemana. Ascarelli, Tulio (Sociedades y Asociaciones Comerciales, obra citada), pág. 284, señala que los administradores que no se ajusten a las normas acerca de la convocatoria responden por la vía civil FRENTE A LA SOCIEDAD, de lo que puede concluirse que su opinión es que no responden frente a los accionistas.

persona jurídica sepan que la junta se realizará a todo evento, con sólo los socios o accionistas que asistan.

204. EFECTOS DE LA FALTA DE CONVOCATORIA Y/O DE PUBLICACIÓN

Si falta la convocatoria, no hay junta o asamblea sino una simple reunión informal de socios que no puede atribuirse los poderes, atribuciones y facultades con que está dotada la Asamblea. Ferrara[373] sostiene que la asamblea sólo obra en forma legal cuando ha sido convocada en reunión reglamentaria y deliberando en los modos y formas sancionados por el estatuto. Precisamente la observancia de estas solemnidades -dice- es lo que le imprime carácter oficial a la voluntad expresada por la Corporación".

La convocatoria se hace por la autoridad que, de acuerdo con los estatutos o la ley, es la encargada de hacerlo como un derecho y una obligación. De esto se sigue que si el que convoca no es la autoridad facultada para hacerlo, la Junta que se constituya en virtud de ella adolece de un vicio formal. A este respecto, si la autoridad social encargada de efectuar la convocatoria ha sido designada por la ley, la Junta adolecería de nulidad absoluta por faltar un requisito establecido en consideración a la naturaleza del acto. Si han sido los estatutos, la Junta constituida en conformidad a la convocatoria viciada no podría atribuirse las facultades y atribuciones que le confieren los estatutos y, por ende, podría ser desconocida por los otros órganos de la persona jurídica y por los socios o accionistas de la misma.

Las formalidades de publicidad pueden haber sido establecidas por la ley o por los estatutos. Si se infringieren aquellas establecidas en la ley, los acuerdos y deliberaciónes que se hubieren producido en la asamblea serían nulos absolutamente, por haberse omitido ciertas formalidades establecidas en consideración a la naturaleza del acto y no a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o celebran (artículo 1.682 del Código Civil). Si se hubieren infringido las formalidades establecidas por el estatuto, los acuerdos no serían nulos, pero no serían considerados como emanados de un órgano de la persona jurídica, pues sólo tendría la calidad de tal aquel reunido en conformidad al estatuto, lo que transformaría a dichos acuerdos en actos inoponibles a la persona jurídica y a los otros órganos de la misma.

205. COMPETENCIA DE LA ASAMBLEA. JUNTAS ORDINARIAS Y EXTRAORDINARIAS

Las juntas de socios o accionistas pueden ser ordinarias o extraordinarias.

---

373 Ferrara, Francisco, obra citada (Personas Jurídicas), pág.765. El artículo 32 del Código Civil Alemán establece: Los asuntos de la asociación son ordenados por acuerdo tomado en una Junta de sus miembros, en tanto no corren a cargo de la directiva o de otro órgano de la asociación. Para la validez del acuerdo es necesario que el objeto sea designado en la convocatoria. Aun sin junta de los miembros es válido el acuerdo, si todos los miembros manifiestan por escrito su conformidad.

Son ordinarias aquellas juntas que se celebran una vez al año, en la época fijada por los estatutos o por la ley, para decidir respecto de materias propias de su conocimiento, sin que sea necesario señalarlas en la respectiva citación. Son extraordinarias aquellas juntas que pueden celebrarse en cualquier tiempo, cuando así lo requieran las necesidades sociales, para decidir respecto de cualquier materia que la ley o los estatutos entreguen al conocimiento de las juntas o asambleas de socios o accionistas y siempre que tales materias se señalen en la citación correspondiente.

De estas definiciones resulta que las juntas ordinarias lo son no tanto por los asuntos que deben ser tratados en ellas, sino principalmente porque se celebran en forma ordinaria en la fecha fijada por los estatutos o por la ley, y porque se sabe de antemano las materias que serán tratadas en dicha asamblea, no necesitándose, por consiguiente, que ellas sean objeto de una especial citación o anuncio. En cambio, las juntas extraordinarias lo son principalmente porque pueden celebrarse en cualquier tiempo sin que se sepa de antemano ni la fecha de su realización ni las materias que serán vistas en ella, por lo que los asuntos a tratar deben ser anunciados previamente.

Resulta, también, de las definiciones sobredichas, que aquello que constituye el género es la asamblea extraordinaria por cuanto ahí pueden ser tratados todos los asuntos que hayan sido previamente anunciados; en cambio, aquello que constituye la especie es la junta ordinaria dado que sólo pueden ser tratadas en ella las materias que la ley o los estatutos señalen como de su competencia. Esto significa que todas las materias pueden ser objeto de junta extraordinaria, incluyendo aquellas propias de la ordinaria, pero, a la inversa, no todos los asuntos pueden ser tratados en este último tipo de asambleas.

En realidad, las juntas no son ni ordinarias ni extraordinarias, sino que, simplemente, son generales. La Junta de Accionistas es sustancialmente única. Sería preferible decir que la junta general de una sociedad delibera y decide en sesión ordinaria y en sesión extraordinaria, de la misma forma como no hay un directorio ordinario y otro extraordinario sino uno solo que se reúne en sesión ordinaria o extraordinaria, según sea el caso[374].

Todo lo anterior dice estrecha relación con la competencia de la junta. Entendemos por tal aquella por la que se habilita a la Junta para deliberar y adoptar acuerdos y decisiones sobre un asunto concreto relativo a la vida de la sociedad con el poder que le otorga su calidad de órgano, esto es, con el efecto de que sus decisiones sean consideradas por terceros y por los otros órganos de la entidad, como propios de la voluntad de la persona jurídica.

La junta de accionistas es el órgano preeminente de la persona jurídica y, en tal carácter, le corresponde tratar cualquier asunto que se relacione con los intereses sociales, a no ser que, en virtud de los estatutos o de la ley, se le haya atribuido especialmente a otro órgano la decisión sobre una materia determinada

---

374 Ferrara, Francisco, obra citada (Sociedades y Empresarios), pág. 268.

relativa a la vida de la entidad o se haya limitado su competencia por alguna razón de bien público o en protección de los intereses de las minorías.

La asamblea puede administrar según su voluntad los negocios sociales y lograr que el directorio realice en nombre de la asociación los actos jurídicos que ella desee, recurriendo, en última instancia, a la destitución del directorio. Pero la representación siempre corresponde al directorio. La asamblea, de acuerdo a su estructura, no se presta para actuar frente a terceros. "Si la asamblea decide sobre un negocio jurídico a concluirse con un tercero, su actuación implica una orden al directorio que puede ser revocada por otra deliberación; mientras el directorio no haya manifestado la voluntad de la asociación, el tercero no adquiere derecho alguno"[375].

La junta debe respetar, no obstante, como se ha dicho, los derechos inderogables de los socios. "Lo mismo que en el Estado rige en la asociación el principio de la igualdad jurídica, siempre que los estatutos originarios no lo hayan derogado y los constituyentes y los miembros que entraron más tarde hayan aceptado esa derogación. Esta igualdad de derechos no puede abolirse mediante modificación de los estatutos sin la aprobación de los perjudicados, es decir, por lo general, sin una decisión unánime. Por mayoría de votos no pueden ser pospuestos ciertos miembros o toda una categoría de ellos, y tampoco aventajados, ya que toda ventaja para uno implica un perjuicio para otro. Mediante modificación de los estatutos deliberada por mayoría de votos, puede crearse una clase privilegiada únicamente cuando a cada miembro se ofrezca la posibilidad de integrarla"[376].

Pero así como los estatutos o la ley pueden restringir el poder de las asambleas, así también los estatutos y la ley pueden ampliar la competencia de la junta, restrigiendo, por ejemplo, el poder de representación del directorio, especialmente en el sentido de someter a la aprobación de la asamblea ciertos actos jurídicos so pena de invalidez. Un caso concreto se presenta en el N° 5 del artículo 57 de la ley de sociedades anónimas. Esta disposición prescribe que debe resolverse en junta extraordinaria el otorgamiento de garantías reales o personales para caucionar obligaciones para con terceros. En éste como en otros casos de similar naturaleza, debe resolverse la cuestión de si ello implica un poder de representación de la asamblea[377]. La opinión mayoritaria estima que, en estos casos, el poder de representación del directorio queda condicionado a una resolución de la asamblea, pero se niega a aceptar que la asamblea pueda disponer de alguna manera de poder de representación.

La competencia de la asamblea puede mirarse desde dos puntos de vista.

---

375 Von Thur, Andreas, obra citada (Derecho Civil, Personas), pág.179. Sin embargo, es interesante consignar la posición de Oertmann, colocada a pie de página por el mismo Von Thur, quien considera como oferta la deliberación de la asamblea sobre la venta de una cosa, de manera que el comprador, de estar presente, podría aceptarla sin más.

376 Von Thur, Andreas, obra citada (Derecho Civil, Personas), págs. 180 y 181.

377 Oertmann estima que en tal caso ello implica que la Junta posee el poder de representación. De ello disiente Von Thur, obra citada (Derecho Civil, Personas), pág. 179.

Uno, que sería más bien general o amplio, que es la competencia que según los estatutos y la ley se le asigna a la asamblea para resolver asuntos relativos a la persona jurídica; y otro, que sería más bien restringido, que es la competencia que cada junta tiene para resolver ciertos asuntos en sesión ordinaria o extraordinaria. En este último caso, la junta tiene competencia para resolver sobre un determinado asunto, pero, no obstante, carece de ella para resolverlo en sesión ordinaria sino sólo en sesión extraordinaria y, además, la tiene, en la medida que la materia de que se trate haya sido objeto de especial citación.

También la competencia de la asamblea se obtiene por el debido cumplimiento de las formalidades propias de su constitución y funcionamiento, de suerte que sin ellas la asamblea no actúa como tal sino como una simple reunión informal de socios que carece de los atributos que los estatutos y la ley le conceden a este órgano de la persona jurídica.

Otro aspecto importante que se debe considerar es que las juntas o asambleas carecen de la competencia suficiente para adoptar acuerdos o decisiones que excedan los límites de la ley o de los estatutos. En el caso de estos últimos, "ni aún la mayoría, cuya decisión es suficiente para su modificación, puede violarlos; en caso de que la asamblea quiera tomar una deliberación que no esté de acuerdo con los estatutos, debe, ante todo, decidir la modificación de los mismos, procurando la inscripción correspondiente; sólo después podrá tomar la deliberación en referencia"[378]. En caso de que el acuerdo transgreda una ley, la voluntad así adoptada por la persona jurídica adolecería de objeto ilícito, siempre que dicho acuerdo sea considerado propiamente como un acto jurídico, pues, como veremos más adelante, no todos los acuerdos lo constituyen.

206. EFECTOS DE LA FALTA DE COMPETENCIA DE LA ASAMBLEA

En términos puramente teóricos, la falta de competencia de la asamblea hace que los acuerdos y decisiones adoptados en ella no sean considerados como atribuibles a la voluntad de la persona jurídica, ya sea por terceros ya sea por los otros órganos de la entidad. Esto significa, en términos jurídicos, que dichos acuerdos o decisiones son inoponibles a la persona jurídica como tal, puesto que han sido adoptados por un órgano que, por carecer de competencia, esto es, por obrar fuera de la esfera de sus atribuciones o sin cumplir con las normas previstas por los estatutos o por la ley para su debida constitución o funcionamiento, no es hábil para obrar como tal.

207. EL PRESIDENTE Y SECRETARIO DE LAS JUNTAS O ASAMBLEAS

La junta es presidida por la persona señalada por la ley o los estatutos, o, a falta de designación, por la persona que elijan los asistentes. El Presidente de la

378 Von Thur, Andreas, obra citada (Derecho Civil, Personas), pág. 180.

junta regula las discusiones, la forma de votar y toda la actividad de la junta en general. Normalmente está asistido por un Secretario, designado del mismo modo, que redacta las actas.

PARTE ESPECIAL

208. La convocatoria y su publicación en las sociedades anónimas

El artículo 58 de la ley 18.046 dispone: "Las juntas serán convocadas por el directorio de la sociedad. El directorio deberá convocar: 1) A junta ordinaria, a efectuarse dentro del primer cuatrimestre siguiente a la fecha del balance, con el fin de conocer de todos los asuntos de su competencia; 2) A junta extraordinaria siempre que, a su juicio, los intereses de la sociedad lo justifiquen; 3) A junta ordinaria o extraordinaria, según sea el caso, cuando así lo soliciten accionistas que representen, a lo menos, el 10% de las acciones emitidas con derecho a voto, expresando en la solicitud los asuntos a tratar en la junta; 4) A junta ordinaria o extraordinaria, según sea el caso, cuando así lo requiera la Superintendencia, con respecto a las sociedades sometidas a su control, sin perjuicio de su facultad para convocarlas directamente. Las juntas convocadas en virtud de la solicitud de accionistas o de la Superintendencia, deberán celebrarse dentro del plazo de 30 días a contar de la fecha de la respectiva solicitud".

Por su parte, el artículo 59 de la citada ley dice: "La citación a la junta de accionistas se efectuará por medio de un aviso destacado que se publicará, a lo menos, por tres veces en días distintos en el periódico del domicilio social que haya determinado la junta de accionistas o, a falta de acuerdo o en caso de suspensión o desaparición de la circulación del periódico designado, en el Diario Oficial, en el tiempo, forma y condiciones que señale el reglamento. En las sociedades anónimas abiertas, además, deberá enviarse una citación por correo a cada accionista con una anticipación mínima de 15 días a la fecha de la celebración de la junta, la que deberá contener una referencia a las materias a ser tratadas en ella. La omisión de la obligación a que se refiere el inciso anterior no afectará a la validez de la citación, pero los directores, liquidadores y gerente de la sociedad infractora responderán de los perjuicios que causaren a los accionistas, no obstante las sanciones administrativas que la Superintendencia pueda aplicarles.

Por otra parte, el artículo 62 del Reglamento de Sociedades Anónimas establece: Los avisos de citación a juntas de accionistas deberán publicarse dentro de los 20 días anteriores a la fecha de su celebración. El primer aviso no podrá publicarse con menos de 15 días de anticipación a la junta. El aviso deberá señalar la naturaleza de la junta y el lugar, fecha y hora de su celebración y en caso de junta extraordinaria, las materias a ser tratadas en ella. Los avisos de la segunda citación a junta deberán cumplir con todos los requisitos señalados en los artículos anteriores.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 58 de la ley 18.046, la Juntas de

Accionistas son convocadas por el Directorio de la sociedad. Sin embargo, el artículo 60 de la citada ley establece expresamente que "podrán celebrarse válidamente aquellas juntas a las que concurra la totalidad de las acciones emitidas con derecho a voto, aun cuando no hubieren cumplido las formalidades requeridas para su citación". Surge, entonces, la principal cuestión discutible de esta serie de disposiciones legales: ¿Se puede celebrar una Junta de Accionistas omitiéndose el trámite de su convocatoria, cuando han concurrido a ella la totalidad de los accionistas de la sociedad?

Una doctrina sostiene que la norma contenida en el artículo 58 significa que ningún otro órgano de la sociedad anónima puede convocar a Junta de accionistas, incluyéndose en la afirmación a los accionistas, pues éstos, para convocar a junta, deben hacerlo a través del Directorio, según se desprende claramente de lo dispuesto en el propio artículo 58 Nº 3, que dice: "El Directorio deberá convocar: Nº 3) A junta ordinaria o extraordinaria de accionistas, según sea el caso, cuando así lo soliciten accionistas que representen, a lo menos, el 10% de las acciones emitidas con derecho a voto, expresando en la solicitud los asuntos a tratar en la Junta". Es efectivo -agregan- que el artículo 60 de la misma ley dispone que "podrán celebrarse válidamente aquellas juntas a las que concurran la totalidad de las acciones emitidas con derecho a voto, aun cuando no hubieren cumplido las formalidades requeridas para su citación". Sin embargo, dicha norma jurídica alude solamente a "las formalidades requeridas para su citación", y no a la convocatoria. Además -argumentan- se debe tener presente que las normas de citación se refieren a la publicación de la convocatoria y se encuentran contenidas en el artículo 59 de la citada ley, en circunstancias que las normas para la convocatoria se especifican en el artículo 58 del citado cuerpo legal. Le parece, entonces, a esta posición, de una claridad meridiana, que el artículo 60 de la ley sólo libera de la obligación de efectuar las publicaciones de la convocatoria cuando se reúnen los presupuestos de la norma, pero no de la obligación de convocar a la junta en la forma prevista por el artículo 58 antes mencionado.

La doctrina opuesta señala que, bajo el supuesto del artículo 60, se pueden celebrar válidamente las juntas de accionistas aun omitiéndose el trámite de convocatoria. Se basan fundamentalmente en que la ley y el reglamento de sociedades anónimas usan indistintamente los términos citar y convocar como sinónimos, según se concluye claramente después de leer los artículos 63, 74, 75, 95, 101 y 119 de la ley de sociedades anónimas y 65 y 102 del reglamento. Por otra parte, para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua citar y convocar son expresiones sinónimas. En efecto, convocar es citar, llamar a varias personas para que concurran a un lugar o acto determinado. Convocar es un anuncio o escrito con que se convoca. Citar es avisar a uno señalándose día, hora y lugar para tratar algún negocio; y finalmente, citación es acción y efecto de citar. Respecto del tenor del artículo 58 Nº 3 en cuanto establece expresamente que para que los accionistas puedan llamar a junta deben hacerlo a través del directorio, sostiene esta doctrina que ello sólo se aplica cuando dichos accionistas no reúnen la totalidad de las acciones con derecho a voto.

El lector podrá extraer por sí solo las conclusiones que estime más ajustadas a derecho.

El plazo para efectuar las publicaciones se encuentra establecido en la ley, por lo que resultan enteramente aplicables los artículos 48 y 50 del Código Civil que disponen que en ellos se comprenden aun los feriados y corren hasta la medianoche del último día del plazo.

Respecto a la segunda citación, el inciso segundo del artículo 61 de la ley del ramo establece que "los avisos de la segunda citación sólo podrán publicarse una vez que hubiere fracasado la junta a efectuarse en primera citación y en todo caso, la nueva junta deberá ser citada para celebrarse dentro de los 45 días siguientes a la fecha fijada para la junta no efectuada".

209. JUNTAS ORDINARIAS Y EXTRAORDINARIAS EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

El artículo 55 de la ley de sociedades anónimas establece que "los accionistas se reunirán en juntas ordinarias y extraordinarias. Las primeras se celebrarán una vez al año, en la época fija que determinen los estatutos, para decidir respecto de las materias propias de su conocimiento sin que sea necesario señalarlas en la respectiva citación. Las segundas podrán celebrarse en cualquier tiempo, cuando así lo exijan las necesidades sociales, para decidir respecto de cualquier materia que la ley o los estatutos entreguen al conocimiento de las juntas de accionistas y siempre que tales materias se señalen en la citación correspondiente. Cuando una junta ordinaria deba pronunciarse sobre materias propias de una junta ordinaria, su funcionamiento y acuerdo se sujetarán, en lo pertinente, a los quórum aplicables a esta última clase de juntas.

El artículo 56 señala que son materias de junta ordinaria las siguientes: 1) El examen de la situación de la sociedad y de los informes de los inspectores de cuentas y auditores externos y la aprobación o rechazo de la memoria, del balance, de los estados y demostraciones financieras presentados por los administradores o liquidadores de la sociedad; 2) La distribución de las utilidades de cada ejercicio y, en especial, el reparto de dividendos; 3) La elección o revocación de los miembros titulares y suplentes del directorio, de los liquidadores y de los fiscalizadores de la administración, y 4) En general, cualquiera materia de interés social que no sea propia de una junta extraordinaria.

Las materias reseñadas precedentemente pueden estudiarse y analizarse en una junta ordinaria, pero nada impide que se vean en una extraordinaria, pues el último inciso del artículo 55 antes transcrito expresamente lo autoriza, exigiendo que su funcionamiento y acuerdo se sometan, en lo pertinente, a los quórum de las juntas ordinarias.

Finalmente, el artículo 57 de la citada ley, establece que "son materia de junta extraordinaria: 1) La disolución de la sociedad; 2) La transformación, fusión o división de la sociedad y la reforma de estatutos; 3) La emisión de bonos o debentures convertibles en acciones; 4) La enajenación del activo fijo y pasivo de la sociedad o del total de su activo; 5) El otorgamiento de garantías reales o personales para caucionar obligaciones de terceros, excepto si éstos fueren

sociedades filiales, en cuyo caso la aprobación del directorio será suficiente, y 6) Las demás materias que por ley o por los estatutos, correspondan a su conocimiento o a la competencia de las juntas de accionistas. Las materias referidas en los números 1), 2), 3) y 4) sólo podrán acordarse en junta celebrada ante notario, quien deberá certificar que el acta es expresión fiel de lo ocurrido y acordado en la reunión".

Finalmente, el último inciso del artículo 61 de la ley señala que las juntas serán presididas por el presidente del directorio o por el que haga sus veces y actuará como secretario el titular de este cargo, cuando lo hubiere, o el gerente en su defecto.

210. LA CONVOCATORIA Y SU PUBLICACIÓN EN LA ASAMBLEA DE SOCIOS DE LAS CORPORACIONES

El artículo 17 del Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica establece que las citaciones a las Asambleas Generales se harán por medio de un aviso publicado por dos veces en un diario de la provincia en que se encuentre ubicado su domicilio o de la capital de la región, si en aquélla no lo hubiere, dentro de los diez días que precedan al fijado para la reunión. No podrá citarse en el mismo aviso para una segunda reunión cuando por falta de quórum no se lleve a efecto la primera.

Por su parte, el artículo 14 N°2 del reglamento establece que le corresponde al directorio de la Corporación citar a Asamblea General ordinaria, y a las extraordinarias cuando sean necesarias y lo solicite por escrito la tercera parte de los miembros de la corporación, indicándose el objeto.

De esta forma, el órgano encargado de efectuar la convocatoria o citación es el directorio de las corporaciones. El directorio debe y está facultado para citar a asamblea en los siguientes casos: (a) A asamblea ordinaria en las ocasiones y con la frecuencia establecida en los estatutos; (b) A asamblea extraordinaria cuando sea necesario citarlas y así lo solicite por escrito la tercera parte de los miembros de la corporación; o, en general, cuando lo exijan las necesidades de la entidad (artículo 14 N° 2 y 16 del Reglamento).

Como no existe -ni en la ley ni en el reglamento- disposición alguna que permita celebrar asambleas omitiéndose los trámites para su convocatoria o citación cuando se reúnen todos los socios de la corporación, se debe concluir que este tipo de juntas adolece de nulidad absoluta por haberse omitido un trámite establecido por la ley en consideración a la naturaleza del acto.

Finalmente, los plazos establecidos para publicar los avisos comprenden los feriados y corren hasta la medianoche del último día del plazo.

Respecto a la segunda citación, el inciso segundo del artículo 17 del reglamento señala expresamente que "no podrá citarse en el mismo aviso para una segunda reunión cuando por falta de quórum no se lleve a efecto la primera". De ello se concluye claramente que es necesario volver a reiterar el llamado

correspondiente mediante la inserción de nuevas publicaciones conforme a las exigencias de la ley.

211. Juntas ordinarias y extraordinarias en las corporaciones

El artículo 16 del Reglamento para la Concesión de Personalidad Jurídica establece que "las asambleas serán ordinarias y extraordinarias; las primeras se celebrarán en las ocasiones y con la frecuencia establecidas en los estatutos, en tanto que las segundas tendrán lugar cada vez que lo exijan las necesidades de la corporación, y en ellas sólo podrán tomarse acuerdos relacionados con los negocios indicados en los avisos de citación. La rendición de cuentas del directorio y la elección de nuevo Directorio deberán realizarse en Asamblea General Ordinaria que al efecto destinen los estatutos. Sólo en Asamblea General Extraordinaria podrá tratarse de la modificación de los estatutos y de la disolución de la corporación".

Lo novedoso de esta disposición es que establece que dos materias, a saber, la rendición de cuentas y la elección de nuevo directorio deben necesariamente tratarse en junta ordinaria. De esta suerte, se hace una excepción a la regla general de que la competencia de las juntas extraordinarias es amplísima con tal que las materias que en ella se traten sean objeto de citación especial. No obstante, estimamos que la revocación del directorio puede hacerse en junta extraordinaria, dado que las causas que la podrían provocar son necesariamente accidentales e imprevistas, y la remoción de sus miembros urgente. De esta suerte, se podría, a nuestro juicio, elegir en junta extraordinaria un directorio provisorio, que duraría hasta la próxima junta ordinaria de socios, oportunidad en que correspondería elegir uno permanente en conformidad a los estatutos y al reglamento.

Finalmente, el artículo 19 del reglamento establece que las asambleas generales serán presididas por el Presidente de la corporación y actuará como Secretario el que lo sea del Directorio, o las personas que hagan sus veces.

212. La convocatoria y su publicación en las juntas de las comunidades y asociaciones de canalistas

El artículo 220 del Código de Aguas establece que "las convocatorias a juntas se harán saber a los comuneros por medio de un aviso que se publicará en un diario o periódico de la capital de la provincia en que tenga domicilio la comunidad. A falta de ellos, la convocatoria se realizará por medio de un aviso publicado en un diario o periódico de la ciudad capital de la región correspondiente. Además, se dirigirá carta certificada al domicilio que el comunero haya registrado en la secretaría de la comunidad, en caso de citación a junta extraordinaria".

Por su parte, el artículo 221 del mismo Código agrega: "Las convocatorias a juntas se harán con diez días de anticipación, a lo menos, indicándose el lugar, día, hora y objeto de la junta".

El órgano encargado de citar a junta ordinaria y extraordinaria de comuneros

es el directorio de la comunidad o asociación, según lo establecen los números 15 y 16 del artículo 241 del Código de Aguas. Dice esta disposición que "el directorio tendrá los siguientes deberes y atribuciones: N°15. Citar a junta general ordinaria en la fecha que fija la ley o los estatutos; N°16. Citar a junta general extraordinaria cuando sea necesario o lo solicite, por lo menos la cuarta parte de los comuneros con derecho a voto, con indicación del objeto;".

Es importante hacer presente que la ley sólo otorga el derecho para exigir que se cite a junta de accionistas a los comuneros que representen la cuarta parte de los mismos y no así la cuarta parte de las acciones con derecho a voto. Lo importante en este caso es que cada comunero representa una unidad, cualquiera sea el número de acciones que posea. No vemos la razón por la cual la ley ha dispuesto de esta forma, pero, por una parte es el mismo criterio que sigue para fijar los quórum de asistencia a las juntas y, por otra parte, el tenor de la ley es claro, de manera que es irrelevante consultar su espíritu.

Por no existir norma alguna que lo autorice, aun cuando se reúna la totalidad de los comuneros con derecho a voto, no pueden omitirse las formalidades mencionadas en los párrafos anteriores, de suerte que las juntas que se celebren con infracción a lo dicho precedentemente adolecen de nulidad absoluta por haberse omitido un requisito y formalidad establecido en consideración a la naturaleza del acto y no a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o celebran.

Respecto a la segunda citación, los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 219 del Código de Aguas señalan lo siguiente: "Si en la primera reunión no hubiere sala, regirá la citación para el día siguiente hábil a la misma hora y en el mismo lugar y en este caso la habrá con los que asistan. Con todo, podrá citarse para un mismo día en primera y segunda citación, siempre que entre una y otra haya a lo menos 30 minutos de diferencia, caso en el cual regira la norma sobre sala contenida en el inciso anterior. Para que opere lo dispuesto en los dos incisos precedentes, deberá dejarse expresa constancia, en la convocatoria, del día y hora para el cual se cita a una nueva reunión".

Finalmente, es preciso reiterar que los plazos mencionados precedentemente comprenden los feriados y corren hasta la medianoche del último día del plazo, por no existir norma alguna en el Código de Aguas que contradiga lo dispuesto en los artículos 49 y 50 del Código Civil.

213. JUNTAS ORDINARIAS Y EXTRAORDINARIAS EN LAS COMUNIDADES Y ASOCIACIONES DE CANALISTAS

El artículo 218 del Código de Aguas dice: "Los negocios que interesen o afecten a la comunidad se resolverán en juntas generales las que serán ordinarias o extraordinarias. A falta de disposición especial en los estatutos, las juntas generales ordinarias se celebrarán el primer Sábado hábil del mes de Abril de cada año, a las catorce horas, en el lugar que determine el directorio o administradores según sea el caso. Las juntas generales extraordinarias tendrán lugar en cualquier tiempo".

La disposición transcrita merece dos comentarios. En primer lugar, el hecho de que se diga que los negocios que interesan o afecten a la comunidad se resolverán en juntas generales, no excluye de manera alguna la competencia y atribuciones del directorio para resolver, por sí solo, las tareas que la ley o los estatutos le asignan a dicho órgano administrativo. Es más, dichas funciones se encuentran expresa y profusamente enumeradas en el artículo 241 del Código, de forma que no puede interpretarse de otra manera la norma en comentario. Esto no quiere decir que si la asamblea desea que una materia específica que interesa a la persona jurídica, se resuelva de una manera diferente a como lo desea el directorio, pueda ordenarle a éste que siga sus instrucciones; pero esto más bien lo puede hacer porque la asamblea es el ógano máximo de la entidad y no porque se deba interpretar en tal sentido la disposición transcrita. En segundo lugar, esta disposición consagra, a falta de disposición estatutaria u orden administrativa, una fecha fija en la que deben realizarse las juntas ordinarias, que es el primer Sábado hábil del mes de abril, a las catorce horas. Esto no libera al órgano administrador, esto es, el directorio, de la obligación de efectuar la convocatoria y citación correspondiente, tanto más cuanto se debe señalar el lugar donde dicha junta se verificará.

Por su parte, el artículo 226 del Código de Aguas dice: "Corresponde a las juntas generales ordinarias: 1. Elegir al directorio o administradores; 2. Acordar el presupuesto de gastos ordinarios o extraordinarios para el período de un año, y las cuotas de una y otra naturaleza que deben erogar los comuneros para cubrir esos gastos. Mientras no se apruebe el presupuesto, regirá el del año anterior, reajustado según la variación que haya experimentado el índice de precios al consumidor; 3. Pronunciarse sobre la memoria y la cuenta de inversión que debe presentar el directorio; 4. Nombrar inspectores para el examen de las cuentas y facultarlos para seleccionar los auditores externos de contabilidad y procedimientos, si fuere menester; 5. Fijar las sanciones que se aplicarán a los deudores morosos, y 6. Tratar cualquier materia que se proponga en ellas, salvo las que requieren citación especial".

El artículo 227 del Código del ramo expresa: Las juntas generales extraordinarias sólo podrán ocuparse de los asuntos para los cuales han sido convocadas, lo que constituye la regla general respecto de este tipo de juntas y que confirma aún más la conclusión anterior, pues no limita el conocimiento y la competencia de dicha junta para conocer de cualquier asunto relativo a la vida de la sociedad, con tal de que dicho asunto haya figurado en la convocatoria.

Finalmente, el artículo 225 establece que la sesiones de junta serán presididas por el presidente del directorio; en su defecto, por su subrogante, y a falta de éste, por el comunero presente que posea más acciones.

214. LA CONVOCATORIA Y SU CITACIÓN EN LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS

El artículo 40 de la Ley General de Cooperativas establece que la constitución y atribuciones de las juntas generales se regirá por las disposiciones

del estatuto, de manera que queda entregada a la voluntad de los socios la determinación de las formalidades de publicación de la convocatoria a estas juntas. A falta de norma expresa regirán las normas generales sobre el particular, las que sólo exigen que se comunique en la forma adecuada para que todos los socios tengan oportunidad de concurrir y ejercer sus derechos.

215. LAS JUNTAS ORDINARIAS Y EXTRAORDINARIAS EN LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS

El artículo 39 de la ley del ramo establece que la Junta General de Socios es la autoridad suprema de la cooperativa. Estará constituida por la reunión de los socios que figuren debidamente inscritos en el registro social, y los acuerdos que adopte, con sujeción a las disposiciones legales, reglamentarias y estatutarias, serán obligatorios para todos los miembros de la cooperativa.

La norma transcrita contiene una disposición interesante. En efecto, prescribe que los acuerdos de la junta sólo obligan en la medida que se adopten con sujeción a las normas establecidas. Esto confirma nuestra postura en orden a que los acuerdos de la asamblea contrarios a los estatutos, a las leyes o adoptados con infracción a las normas de convocatoria son inoponibles a los socios y a los demás órganos de la entidad y no son propiamente nulos.

SECCIÓN SEGUNDA
EL ÓRGANO ADMINISTRADOR O DE GOBIERNO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

PARTE GENERAL

216. EL GOBIERNO DE LA PERSONA JURÍDICA

Al órgano de gobierno de la persona jurídica le corresponden primordialmente dos funciones básicas: la administración y la representación. Ante todo, constituyen el órgano ejecutivo de las decisiones de la junta, la cual, como hemos visto, sólo tiene facultades deliberativas.

Puede estar compuesto de uno o de varios miembros dependiendo de la naturaleza jurídica de la persona colectiva de que se trate. En las sociedades civiles y comerciales, con exclusión de las sociedades anónimas, las funciones de administración y representación están entregadas a una o más personas que ejercen como tales, esto es, como administradores y representantes de la persona jurídica. En cambio, en las sociedades anónimas, en las corporaciones, en las sociedades cooperativas y en otras personas jurídicas especiales, dichas funciones son ejercidas por un directorio formado por un número invariable de miembros, el que no tiene normalmente un número máximo de directores fijado por la ley, aunque sí uno mínimo, y que actúa colectivamente en sala legalmente constituida.

El órgano de gobierno, sea que revista la forma de un directorio o la de un

mero administrador o representante, no puede faltar en ninguna persona jurídica, y los estatutos de las mismas no podrían establecer lo contrario, porque se privaría a la persona jurídica de la posibilidad de actuar al exterior y los terceros no podrían celebrar negocios con ellos ni entablar juicios.

Cuando el gobierno de la persona jurídica es ejercido por simples administradores y representantes, es preciso distinguir si éstos fueron designados como tales en el acto constitutivo o en una modificación posterior o, por el contrario, la designación de ellos no forma parte del mismo. Si ocurre esto último, no estamos en presencia de un órgano de la entidad propiamente tal sino más bien de un contrato de mandato entre estas personas naturales o jurídicas que administran y la entidad moral como contraparte. En tal evento, el órgano de la entidad estará compuesto por las personas que, en representación de la entidad, designaron a sus administradores. Si la designación forma parte del pacto social, dichos administradores constituyen verdaderamente un órgano de la entidad, y la desaparición de los mismos hace que la compañía se disuelva, a menos que los estatutos o los socios dispongan otra cosa.

La existencia de un directorio encargado de la administración de la sociedad no es privativa de las personas jurídicas que, por disposición legal, deban contar con uno para tales fines sino, por el contrario, es perfectamente posible que una sociedad o compañía sea administrada por un directorio aunque en virtud de la ley no exista disposición legal que las obligue.

Sin embargo, si se opta por la forma de un directorio, se debe aceptar que éste actúa como órgano de la sociedad en la medida que lo haga en su conjunto y dentro de los márgenes de la función que según los estatutos o la ley se le hayan asignado. Esto significa que cada uno de los directores de la entidad individualmente considerados no constituyen un órgano de la sociedad, circunstancia ésta que se debe confrontar con aquella en que se encuentran los simples administradores o representantes de las personas jurídicas que, cuando su designación forma parte del acto constitutivo, constituyen de por sí un órgano de la entidad. En el caso de que exista directorio, sus miembros sólo actúan como órgano en la medida que lo hagan colegiadamente, tomando las decisiones tras la deliberación y el voto de sus componentes, salvo cuando ejercen el poder de representación, según se verá.

La importancia de distinguir entre si los administradores o representantes actúan como órgano de la entidad o simplemente lo hacen como meros mandatarios de la misma es que, en el primer caso, no corresponde invocar una subordinación entre los directores o representantes y la sociedad por ellos administrada[379]. En tal evento, los administradores de la persona jurídica si bien la representan no son mandatarios ni de ella misma ni de sus socios. Pese a que su cargo deriva de la asamblea o de los socios, es necesario destacar que ellos alcanzan con la designación una autoridad propia por la cual pueden y deben

379 Ello engendra importantes consecuencias jurídicas en el plano de la responsabilidad y de la forma como puede ejercerse la función.

resistir -escribe Vivante- los acuerdos de la asamblea que violan la ley o los estatutos y no pueden aprovecharse de la absolución obtenida de la asamblea, para eludir la responsabilidad civil o penal que sancionaría la ejecución de aquella actividad prohibida[380].

217. EL PODER DE ADMINISTRACIÓN

Lo que nos proponemos averiguar en este párrafo consiste en qué es lo que puede hacer el órgano administrador de una persona jurídica en relación con esta misma. Esto quiere decir que debemos precisar en forma clara qué es lo que se comprende dentro de este concepto que denominamos "administrar".

Lo primero que se debe efectuar al respecto es separar -desde un punto de vista abstracto se entiende- todo lo que sea administrar de representar. La facultad de representación, que mencionaremos en el párrafo siguiente, es un instrumento que se le entrega al órgano administrador de las personas jurídicas para poderlas obligar frente a terceros. Se puede decir, en algunos aspectos, que la representación corresponde a la culminación del proceso de administración, pero por razones de método es preciso separar ambos conceptos de manera que ninguno pueda influir en el otro.

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua, el concepto de administración corresponde al concepto de gobierno, dirección. Significa ordenar, disponer u organizar la hacienda o los bienes. Importa graduar o dosificar el uso de alguna cosa para obtener un mayor rendimiento de ella o para que produzca un mejor efecto. Sin embargo, desde un punto de vista estrictamente jurídico, las definiciones precedentes son ambiguas, porque bajo estos respectos, así como se podría decir que el directorio administra una persona jurídica, bajo los mismos respectos se podría afirmar que igual cosa hace la junta de accionistas o de socios de una compañía.

El concepto de administración significa, desde un punto de vista jurídico, realizar todos los actos necesarios o conducentes, directa o indirectamente, a la consecución de los fines de la persona jurídica. Desarrollar, llevar a cabo, poner en práctica y realizar el negocio que es objeto de la sociedad o dar cumplimiento a los fines de la entidad[381].

Es esto precisamente lo que separa tajantemente las funciones de la asamblea de socios o accionistas de una persona jurídica de la de su directorio u órgano administrador. La primera podrá, en ocasiones, contar con algunas

380 El artículo 2.377 inciso 2 del Código Civil Italiano, dice: Las deliberaciones que no se toman de conformidad con la ley o el acto constitutivo pueden ser impugnadas por los administradores, por los síndicos y por los socios ausentes o disidentes.... Vivante, citado por Brunetti, obra citada, Tomo III, pág. 451.

381 Ferrara, Francisco, obra citada (Empresarios y Sociedades), pág. 282 señala que el directorio tiene a su cargo la gestión de la actividad social, y pueden por tanto, realizar todas las operaciones que entren en el objeto de la sociedad. Bajo este respecto -agrega- tienen poderes amplísimos, salvo las limitaciones que les impusieron por el acto de constitución social.

facultades administrativas; pero el órgano encargado de desarrollar el objeto de la entidad es el directorio de la misma y no la asamblea de socios. Esta última podrá, eventualmente, ordenar al directorio que adopte una serie de medidas en relación con un negocio concreto de la compañía, pero no le compete la administración de todos los negocios de la sociedad. Tal atribución y tal responsabilidad corresponden al órgano administrador de la compañía, no a la asamblea.

Por su naturaleza, entonces, la esfera de atribuciones y la competencia del órgano administrador está limitada, evidentemente, por el objeto de la compañía, esto es, por el fin de la entidad. El órgano administrador no tiene facultades para realizar actos de administración que escapen al objeto social. Tales actos, si los realizare, son inoponibles a los socios o accionistas y pueden ser desconocidos por los otros órganos de la sociedad.

El concepto de administración que hemos desarrollado se encuentra, a nuestro juicio, conforme con las normas legales existentes en nuestro ordenamiento jurídico. Así, el artículo 387 del Código de Comercio señala que en virtud del mandato legal que los socios recíprocamente se otorgan para administrar la compañía, cada uno de ellos puede "hacer válidamente todos los actos o contratos comprendidos en el giro ordinario de la sociedad o que sean necesarios o conducentes a la consecución de los fines que ésta se hubiera propuesto". Asimismo, el artículo 2.077 del Código Civil establece que "el socio administrador debe ceñirse a los términos de su mandato, y en lo que éste callare, se entenderá que no le es permitido contraer a nombre de la sociedad otras obligaciones, ni hacer otras adquisiciones o enajenaciones, que las comprendidas en el giro ordinario de ellas". Finalmente, el artículo 40 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que "el directorio de una sociedad anónima la representa judicial y extrajudicialmente y para el cumplimiento del objeto social, lo que no será necesario acreditar a terceros, está investido de todas las facultades de administración y disposición que la ley o el estatuto no establezca como privativas de la junta general de accionistas, sin que sea necesario otorgarle poder especial alguno, inclusive para aquellos actos o contratos respecto de los cuales las leyes exijan esta circunstancia". Más adelante, precisaremos los conceptos anteriores, que sólo se han vertido para apoyar nuestro concepto de administración.

Finalmente, se debe advertir que el órgano administrador lo es de la persona jurídica y no de los asociados. Por consiguiente, debe tutelar los intereses de la persona jurídica y sólo es responsable frente a la misma. De ello se sigue que frente al interés de los miembros de la persona jurídica, de sus socios o accionistas debe primar el interés de la persona jurídica cuando exista conflicto entre ellos. De ello también se sigue que es responsable sólo frente a la persona jurídica y no frente a sus miembros o socios por errores en su administración. El perjuicio que derivaría de ello no lo sufren los socios independientemente sino como miembros de la entidad. Luego, la indemnización del daño sólo se puede obtener a través de la persona jurídica y no independientemente de ella. Tampoco responde frente a los acreedores de la persona jurídica o de la asociación. De la misma manera, por iguales motivos, las acciones que competan al directorio o cada uno de los directores para hacer valer un derecho de ellos frente a la sociedad, solamente

puede ejercerse contra la persona jurídica y no contra los miembros de la misma, socios o accionistas[382].

218. EL PODER DE REPRESENTACIÓN

El poder de representación se define como "la utilización que tiene una persona para concertar negocios por cuenta de otra, obligando exclusiva y directamente al representado"[383].

El órgano administrador cuenta con este poder o facultad. Tiene la autorización para obligar a la persona jurídica frente a terceros. La representación es un elemento esencial de la administración. Sin ésta, el órgano administrador no podría llevarla a efecto, porque la consecución del objeto de la compañía supone necesariamente la realización de negocios y, con ello, la celebración de actos jurídicos, de manera que una administración desprovista de la representación importa privar al órgano administrador de uno de los más importantes medios o instrumentos para llevarla a cabo.

Luego, el administrador ostenta la representación judicial y extrajudicial de la persona jurídica; y su posición, al decir de la mayoría de la doctrina[384], corresponde en realidad a la de los representantes legales, esto es, a la de los tutores o curadores. Es por ello que la ley no define normalmente la amplitud del poder de representación del órgano administrador. En ese sentido, la representación se diferencia de la administración en orden a que no está limitada por el objeto de la sociedad[385]. Esto significa que el órgano administrador obliga a la persona jurídica aun cuando ejecute o celebre un acto o contrato que bajo ciertos respectos se puede entender ajeno al fin de la institución. Se debe concluir de esta manera por cuanto, como hemos visto precedentemente, nuestro

---

382 Esta conclusión no puede parecer extraña. Importa aplicar lisa y llanamente el principio de la radical separación entre entidad y miembros. Los accionistas individualmente considerados no son nada respecto del órgano administrador así como tampoco este último lo es respecto de los accionistas. Los unos y los otros se encuentran jurídicamente relacionados en tanto cuanto ostenten la calidad de portadores de la calidad de órgano de la persona jurídica. En igual sentido se pronuncia Von Thur, op. cit., pág.194, Ascarelli, op. cit., pág. 355.

383 Véase el párrafo 208 del Volumen I de esta obra.

384 Ferrara, Francisco, obra citada (Empresarios y Sociedades), pág. 282 sostiene que la figura de los administradores se concibe más bien como una especie de funcionarios privados, que desempeñan un cargo, cuyos derechos y obligaciones están dispuestos por ley y por el acto de constitución, y que sólo dentro de estrechos límites pueden ser regulados por la junta. Von Thur, Andreas, obra citada (Derecho Civil, Personas), pág.196 sostiene, también, que la posición jurídica de los administradores es la de un representante legal. En igual sentido se manifiesta Enneccerus Ludwig, obra citada (Derecho Civil, Parte General), Tomo I, pág. 478.

385 Enneccerus Ludwig, obra citada (Derecho Civil, Parte General), pág.479, nota 7ª, discrepa de la opinión señalada. Sostiene que la dirección no puede obligar a la asociación mediante negocios que notoriamente se hallen fuera del radio de los fines de la asociación. En igual sentido se pronuncia Von Thur, obra citada (Derecho Civil, Personas), pág. 197. Pero la doctrina no es uniforme. Así, según Enneccerus, Plank sostiene que los poderes de administración del directorio no están limitados por el objeto de la entidad. En todo caso, se reconoce que esto pasa por determinar previamente la postura que se debe adoptar en relación con la teoría del *ultra vires*.

ordenamiento jurídico no reconoce la teoría del "ultra vires" o de la especialidad del objeto en lo que se refiere a las relaciones de la persona jurídica con terceros. Por ello, si reconociéramos que el poder de representación del órgano administrador se encuentra limitado por el objeto de la asociación, indirectamente estaríamos aceptando, en la práctica, la aplicación de la doctrina en referencia, pues limitaríamos la capacidad jurídica de la entidad por la vía de limitar el poder de representación del directorio, único órgano de la misma capaz de hacerla adquirir bienes y contraer obligaciones civiles. Esto significa que, en su relación con terceros, el poder de representación del órgano administrador no tiene límites derivados del objeto de la compañía. Más adelante veremos que esta postura se acomoda a las normas dadas por el ordenamiento positivo chileno para cada tipo de persona jurídica.

Sin embargo, lo dicho no significa de manera alguna que los estatutos de la entidad no puedan limitar (con efecto frente a terceros) el poder de representación del órgano administrador[386], por ejemplo, estableciendo requisitos mínimos para la celebración de ciertos actos jurídicos, expresando que queda excluida del todo la celebración de otros actos o, incluso, que para la celebración de ciertos contratos se requiera la aprobación de la asamblea. Pero, una cosa es que los estatutos limiten el poder de representación del directorio y otra cosa muy distinta es que la asamblea pueda hacerlo por medio de un acuerdo adoptado en una sesión de la misma. Tales acuerdos solamente valen como instrucciones referentes a una determinada forma concreta de cómo quiere que se realice un negocio determinado, pero ellas son claramente inoponibles al tercero que contrata con la compañía, de suerte que la persona jurídica no podría eximirse del cumplimiento de las obligaciones generadas por el acto alegando que se ha dado incumplimiento de dichas instrucciones. Es por lo demás lo que claramente prescribe el artículo 327 del Código de Comercio, que establece: "La violación de las instrucciones, la aprobación del resultado de una negociación, o el abuso de confianza por parte de los factores o dependientes, no exoneran a sus comitentes de la obligación de llevar a efecto los contratos que aquéllos hagan a nombre de éstos".

219. LA REPRESENTACIÓN EJERCIDA POR UN ÓRGANO ADMINISTRADOR COLEGIADO O DIRECTORIO

Cuando el órgano administrador reviste la naturaleza de un directorio, se ha dicho que éste debe actuar en sala legalmente constituida y después de haber adoptado su decisión tras la deliberación y el voto de sus integrantes, conforme a las reglas y pormenores que se mencionan en la sección tercera de este capítulo.

386 No obstante, la limitación sólo puede provenir de los estatutos. Las juntas de accionistas o socios carecen del poder de limitar las facultades del directorio. En igual sentido se manifiestan Enneccerus Ludwig, obra citada, pág. 470 y Von Thur, Andreas, obra citada, pág. 179. Hay que considerar que el artículo 26, inciso 2 del Código Civil Alemán sólo le otorga a los estatutos la facultad de limitar los poderes del directorio.

Para constituir legalmente una sesión de directorio, es menester cumplir con las normas sobre quórum, convocatoria y citación que nuestro ordenamiento jurídico establece para cada uno de los tipos de personas jurídicas.

Pero el requisito de que el directorio sólo puede actuar en sala legalmente constituida sólo puede aplicarse y se refiere al concepto de administración de la persona jurídica, pues la representación no se verifica mediante resoluciones del directorio sino por declaraciones de voluntad frente a terceros. En este sentido, e independientemente a lo que la legislación positiva consagra para cada tipo de sociedad, la doctrina se encuentra dividida en torno a si para ejercer la representación de la entidad rige también el principio mayoritario o, por el contrario, es menester que concurran todos los directores de la entidad. Para los que sostienen la primera postura surge una segunda divergencia, pues se debe resolver si el principio mayoritario, esto es, el quórum, se aplica a los que asistieron a la reunión o a los que integran el órgano colegiado.

La doctrina dominante[387] en materia de representación activa está compuesta por aquellos que consideran que el principio mayoritario se aplica. Esto significa que para ejecutar o celebrar un acto o contrato que ha sido previamente acordado en sesión de directorio legalmente constituida, basta que lo hagan la mayoría de los directores. Ahora bien, si esa mayoría se computa en relación con los que asistieron a la sesión que acordó la celebración del acto jurídico o, por el contrario, se refiere al número total de los directores de la entidad, es un tema que no puede resolverse dando una respuesta categórica. En nuestra opinión, parece lógico concluir -por un principio de economía- que se debe exigir el menor número de requisitos para que la entidad pueda celebrar el acto o contrato, pues éste no puede dilatarse dado de que ya ha sido objeto de un acuerdo en tal sentido. Exigir entonces una mayoría superior de directores a la que se necesitó para adoptar el acuerdo de que se trata constituye, en el fondo, establecer un requisito adicional que no se justifica ni por lo grande ni por lo útil de su objeto.

En lo tocante a la representación pasiva, la doctrina alemana, determinada por lo dispuesto en el artículo 28 del Código Civil, señala que si ha de emitirse una declaración de voluntad frente a la asociación, basta la emisión frente a un miembro de la directiva. Enneccerus concluye de ello que "tiene que admitirse que allí donde el conocimiento de la dirección, su mala fe, el dolo o violación de la buena fe, tengan una consecuencia jurídica, basta con el conocimiento, mala fe, etc., de un miembro de la dirección".

En nuestra legislación, en materia de representación activa y para cierto tipo de personas jurídicas, el problema del ejercicio de la representación ha sido resuelto otorgándole al presidente del directorio la representación de la compañía frente a terceros (Corporaciones); pero, para otro tipo de personas jurídicas (sociedades anónimas), el problema no ha sido solucionado expresamente por el legislador y debe resolverse a la luz de los antecedentes antes expuestos.

En materia de representación pasiva, nuestra legislación contiene la regla

---

387 Véanse todos aquellos citados por Von Thur, op. cit., Vol. II, pág. 201.

del artículo 8 del Código de Procedimiento civil que establece que el gerente o administrador de sociedades civiles o comerciales, o el presidente de las corporaciones o fundaciones con personalidad jurídica, se entenderán autorizados para litigar a nombre de ellas con las facultades que expresa el inciso 1 del artículo 7, no obstante cualquiera limitación establecida en los estatutos o actos constitutivos de la sociedad o corporación. Como se desprende de su sola lectura, la norma transcrita no tiene las características amplias de su similar alemana y sólo se refiere a la representación en juicio. De esta suerte, no se puede extraer de esta norma la misma conclusión que extrae Enneccerus de la norma alemana. Pero ello no significa que podamos arribar a la misma conclusión por otra vía, según veremos al tratar la responsabilidad de la persona jurídica por los actos de su órgano administrador.

220. Nombramiento del órgano administrador

El órgano administrador de una persona jurídica es nombrado por los socios o accionistas de la misma en el pacto social, por acto posterior o en junta o asamblea de socios o accionistas, según fuere la estructura y naturaleza del órgano administrador respectivo.

Si la persona jurídica de que se trata no requiere obligatoriamente contar con un directorio, el órgano administrador puede ser instituido en el pacto social o por acto posterior. Si es instituido en el acto constitutivo de la sociedad, la persona del administrador no puede renunciar a su cargo, sino por causa prevista en el acto constitutivo, o unánimemente aceptada por los socios. Ni puede ser removido de su cargo sino en los casos previstos o por causa grave, teniéndose por tal la que le haga indigno de confianza o incapaz de administrar útilmente. Faltando alguna de las causas mencionadas, la renuncia o remoción del administrador pone fin a la sociedad (artículo 2.072 del Código Civil).

Si la persona del administrador ha sido instituida por acto posterior al contrato de sociedad, aquél puede renunciar en cualquier tiempo y no por ello se extingue la compañía.

Si el órgano administrador reviste la estructura de un directorio y la compañía requiere por ley contar con un órgano de esta naturaleza, el nombramiento de los directores está a cargo de la asamblea o junta de socios o accionistas, cargo que se desempeña durante un período limitado de tiempo, siendo esencialmente revocable.

La designación de órgano administrador ya sea bajo la forma del nombramiento de un órgano unipersonal, ya sea bajo la forma del nombramiento o elección de un directorio por la asamblea, es un acto jurídico interno con el cual la asociación crea para sí un órgano. Tanto la designación como la elección de los administradores o directores no constituye un negocio o acto jurídico entre la asociación y quien va a ser elegido o designado, así como tampoco se requiere ni la aceptación ni la comunicación del elegido. De la misma forma, no es necesario -para fundamentar el poder de representación del directorio- demostrar que se ha

obrado con el consentimiento de los directores o administradores. Sin embargo, el consentimiento de estos últimos es necesario para que nazcan las obligaciones correspondientes a la función que desempeñarán, salvo, obviamente, que los propios estatutos de la entidad establezcan que cualesquiera de los miembros puede ser obligado, en el caso de elección, a desempeñar el cargo de administrador o miembro del directorio de la entidad. La aceptación del elegido o designado puede producirse ya sea en la asamblea que lo nombra o en acto posterior e, incluso, puede manifestarse tácitamente por la asunción de las funciones que se le han ofrecido.

Lo que debe tenerse siempre en consideración es que la elección o designación de administradores o directores no constituyen un solo acto jurídico, fundamentalmente porque la designación o elección es, como se ha dicho, un acto jurídico interno de la asociación, el que para su validez no requiere de ninguna declaración dirigida a quien se eligió. Es más, es muy probable que la persona jurídica como tal celebre un contrato (un acto jurídico complemente diferente) con la persona del administrador o con los directores que conforman el órgano administrativo. Este contrato, igual que todos los demás que celebre la persona jurídica, debe ser otorgado por un representante de la misma que obre en virtud de su competencia o de una decisión especial de la asamblea[388].

221. REVOCACIÓN DEL ÓRGANO ADMINISTRADOR

Para el debido tratamiento del tema, es necesario hacer una distinción. En efecto, debemos considerar en forma separada a los administradores designados por aquellas personas jurídicas que no requieren de la existencia de un órgano administrador que revista las características de un directorio. Para estas personas jurídicas (sociedades civiles y comerciales de personas), el nombramiento de administrador puede ser revocable o irrevocable. El nombramiento es irrevocable cuando éste se hace en virtud del acto constitutivo de la sociedad, pues, en tal evento, la persona del administrador es uno de los elementos esenciales del contrato, de suerte que no puede renunciar ni ser removido de su cargo si no en los casos previstos en los propios estatutos o por causa grave, entendiéndose por tal la que lo hace indigno de confianza o incapaz de administrar útilmente. En caso contrario, la renuncia o la remoción pone fin a la sociedad, según lo dispone el artículo 2.072 del Código Civil.

En caso que el nombramiento del administrador no forme parte del acto constitutivo estamos en presencia de un mandato, el que, por su naturaleza, es esencialmente revocable según consta del numerando 3 del artículo 2.163 del Código Civil.

En el evento que el órgano administrador revista las características de un directorio y se trate de personas jurídicas que deben contar con un órgano de esta naturaleza, necesariamente el cargo de director es esencialmente revocable. Los

---

388 Von Thur, Andreas, obra citada (Derecho Civil, Personas), pág.190.

estatutos no pueden excluir del todo la revocabilidad porque, de lo contrario, la asociación quedaría al arbitrio del directorio"[389]. En términos generales, los estatutos podrían limitar la revocabilidad al caso de que exista un motivo grave, entendiendo por tal aquel en virtud del cual el director se haga indigno de confianza o incapaz de administrar útilmente (artículo 2.072 del Código Civil). Sin embargo, esa limitación a la revocabilidad conlleva numerosos inconvenientes prácticos, dado que la existencia del motivo grave debe acreditarse previamente en juicio contradictorio.

La revocación compete al órgano que hizo el nombramiento, esto es, normalmente, a los socios o accionistas; y adquiere eficacia en el momento mismo de la deliberación o acuerdo y no sólo cuando se le comunique al interesado[390]. Con la revocación terminan los deberes del director y los derechos que derivan de su posición, particularmente en lo que se refiere a administrar y representar la persona jurídica. Pero no puede decirse lo mismo de su remuneración, por cuanto el derecho a la misma no nace del nombramiento sino del contrato que éste haya celebrado con la persona jurídica. En tal evento, el derecho a la remuneración o su extinción dependerá de lo que se resuelva a la luz de las reglas dadas para el contrato de prestación de servicios.

222. RESPONSABILIDAD DEL DIRECTORIO

"Los administradores son responsables de la exacta observancia de las normas legislativas y estatutarias fijadas en materia de administración, así como de la ejecución de los acuerdos de la asamblea"[391]; y, en ausencia de norma expresa, deben emplear, en el desempeño de su labor, el grado de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, esto es, responden hasta de culpa leve, salvo que, siendo permitido por la ley, los

389 El artículo 27 del Código Civil Alemán señala: El nombramiento es en todo momento revocable, sin perjuicio de la pretensión -para reclamar- la remuneración contractual convenida. La revocabilidad puede ser limitada por los estatutos al caso de que haya motivo importante para la revocación; tal motivo es especialmente un grave abandono de los deberes o una incapacidad para la ordenada gestión de negocios.

390 Von Thur, Andreas, obra citada (Derecho Civil, Personas), pág. 204, nota 62. Es importante detenerse a considerar esta opinión, pues constituye un camino diverso al seguido por nuestro Código Civil a propósito del mandato (artículo 2.173). Según la disposición aludida, "todas las veces que el mandato expira por una causa ignorada del mandatario, lo que éste haya hecho en ejecución del mandato será válido y dará derecho a terceros de buena fe contra el mandante". Pero, en nuestra opinión, el nombramiento de directores no es un mandato. Y por ser éste un nombramiento que nace de las deliberaciones de los socios o de la junta de accionistas, esto es, de un acto jurídico interno de la asociación, es lógico exigir al tercero que se relaciona con dicha persona jurídica, un grado mayor de conocimiento y responsabilidad respecto a los actos internos de ésta que aquel que la ley le exige al tercero que se relaciona con un mandatario de una persona natural cualquiera.

391 Ascarelli, Tulio (Sociedades y Asociaciones Comerciales), obra citada, pág. 354.

estatutos dispongan otra cosa. Se llega a esta conclusión, pues parece correcto aplicar por analogía las normas del mandato.

Cuando se trata de un órgano administrador pluripersonal o de un directorio, es preciso resolver la cuestión de si la responsabilidad de los administradores es simplemente conjunta, solidaria o indivisible.

La obligación de administrar con el grado de diligencia o cuidado adecuado es, desde luego, una obligación de hacer. En este sentido, la obligación es indivisible. Sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.533 del Código Civil, "es divisible la acción de perjuicios que resulta de no haberse cumplido o de haberse retardado la obligación indivisible: ninguno de los acreedores puede intentarla y ninguno de los deudores está sujeto a ella, sino en la parte que le quepa. Si por el hecho o culpa de uno de los deudores de la obligación indivisible se ha hecho imposible el cumplimiento de ella, ese sólo será responsable de todos los perjuicios". Asimismo, el artículo 1.534 establece "si de dos codeudores de un hecho que debe efectuarse en común, el uno está pronto a cumplirlo, y el otro lo rehusa o lo tarda, este sólo será responsable de los perjuicios que de la no ejecución o retardo del hecho resultaren al acreedor".

De esta suerte, queda claro, entonces, que la obligación de reparar los perjuicios producidos por la administración errónea y culpable es divisible entre los distintos administradores, quedando sólo por resolver si ésta es simplemente conjunta o solidaria. En este sentido, si no hubiere disposición legal o contractual, la responsabilidad de los administradores o directores será simplemente conjunta, puesto que la fuente de la solidaridad es la ley, el testamento o el contrato.

Pero cabe advertir que el cumplimiento de los deberes impuestos a los administradores por las normas específicas que regulan a un determinado tipo de personas jurídicas, recaen necesariamente sobre todos los administradores individualmente considerados, de suerte que ninguno de ellos puede intentar impugnar la acción de responsabilidad aduciendo de que ella le correspondía a otro administrador o director, salvo que los estatutos o la ley hayan entregado a alguno de éstos el cumplimiento del determinado deber infringido. Es por ello que el penúltimo inciso del artículo 48 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que el director que quiera salvar su responsabilidad por algún acto o acuerdo del directorio, deberá hacer constar en el acta su oposición, debiendo darse cuenta de ello en la próxima junta ordinaria de accionistas por el que la presida". Una disposición parecida contempla el último inciso del artículo 2.392 del Código Civil Italiano que establece: "la responsabilidad por los actos o las omisiones de los administradores no se extiende a aquel de ellos que, estando inmune de culpa, haya hecho notar sin retardo su disentimiento en el libro de sesiones y de deliberaciones del consejo, dando inmediata noticia de ello por escrito al presidente del Colegio de Síndicos".

Es importante tener en consideración, también, que los administradores son responsables de la observancia de sus deberes sólo frente a la persona jurídica. Es ésta precisamente la que juzga la responsabilidad de los administradores por medio de la asamblea, y es, por tanto, la mayoría de ésta la que determinará el ejercicio de la acción de responsabilidad confiando después su ejercicio a quien

crea más oportuno. Queda así excluido categóricamente el que la acción de responsabilidad contra los administradores pueda ser hecha valer por el socio singular o por una minoría de ellos.

En este sentido, conviene tener presente la opinión de Henry y Leon Mazeaud y André Tunc en orden a que "ciertamente, los socios sufren necesariamente un daño por el hecho de que la agrupación soporte un perjuicio. Es evidente que se trata de un perjuicio material causado a una sociedad; cada socio ve que con ello disminuye su derecho en el patrimonio social. También es verdad si se trata de un perjuicio moral causado a una persona moral cualquiera; el socio es afectado siempre, tanto moral como materialmente, en proporción a su participación en el grupo. Pero ese daño que sufren los socios es el mismo daño sufrido por la agrupación. No alcanza al socio sino como parte de la agrupación y en proporción a su parte. El socio no padece como individuo, sino como fracción del grupo. El perjuicio social no afecta, pues, individualmente a los socios; no los alcanza sino a través de la agrupación como miembro de esa colectividad[392].

Pero lo dicho precedentemente, no significa de manera alguna dejar desprovistos a los socios o accionistas de acciones individuales contra los administradores, pero para ello es menester que el daño cuya indemnización se solicita sea distinto al daño que sufre la sociedad. En este sentido, una misma culpa puede originar una acción social y una acción individual. El ejemplo dado por Mazeaud-Tunc es didáctico: "los administradores de una sociedad anónima proceden a una distribución de dividendos ficticios y a un aumento de capital. La sociedad cuyo activo se encuentra disminuido irregularmente por culpa de sus mandatarios, tiene contra ellos una acción social (contractual para algunos) para reparación del perjuicio social experimentado. Los suscriptores que, engañados por la distribución de los dividendos, han creído suscribir las acciones de una sociedad próspera, disponen contra los administradores de una acción individual (delictual para algunos) para reparación del perjuicio personal que les haya causado la suscripción. Pero en el caso concreto expuesto, no es un mismo perjuicio el que origina a la vez la acción social y la acción individual. El perjuicio social no permite sino el ejercicio de una acción social; y no a la par, el de una acción social y el de una acción individual"[393]. Es por ello precisamente que el Código Civil Italiano establece que la acción de responsabilidad contra los administradores se promueve en virtud de deliberación de la asamblea, aun cuando la sociedad esté en liquidación; pero advierte que la disposición anterior no perjudica el derecho al resarcimiento del daño correspondiente al socio singular o al tercero que ha sido directamente perjudicado por actos culposos o dolosos de los administradores (art. 2.393 y 2.395 del Código Civil Italiano).

---

392 Mazeaud, Henry y León y Tunc André (Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Tomo II, Vol.2), pág. 474.

393 Ibid.

223. RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA POR LOS ACTOS DE SU ÓRGANO ADMINISTRADOR

Von Thur fundamenta la responsabilidad de la persona jurídica por los actos de sus órganos basado en el hecho de que el órgano social "entra en relaciones con terceros en virtud de su calidad y puede perjudicarlos por medio de los recursos sociales que tiene a su disposición. Corresponde al concepto actual de la equidad que responda un patrimonio cada vez que en su administración se ocasionaren daños a terceros. Así como el individuo soporta las consecuencias de sus actos, la asociación debe soportar la de sus órganos, aun cuando cometan actos ilícitos en perjuicio de terceros, ya que por medio de éstos realiza su objeto" (pág. 210). Es más, este autor señala que la responsabilidad de la asociación es absoluta por cuanto no puede eliminarse probando la "diligentia in eligendo". Esta responsabilidad no es igual a la del individuo que se sirve de un empleado y que se funda en una presunción de culpa; considera que no puede hablarse de culpa en una persona jurídica; no es la asociación misma quien nombra los directores y los demás representantes, sino el órgano a quien corresponde esta función (en particular, la asamblea). Si resulta elegida una persona que no tiene los requisitos oportunos, culpables pueden ser sólo los asociados que votaron por ella. Igualmente, no puede la asociación tener culpa "in custodiando", cuando también la vigilancia no le compete a ella misma sino al órgano determinado. Por lo tanto, y con razón, si se quisiera hacer que la asociación responda por los delitos de sus órganos, no se podría fundamentar tal responsabilidad en su culpa y, en consecuencia, tampoco excusarla a falta de la misma[394].

Ferrara fundamenta la responsabilidad en la persona jurídica por los actos de sus órganos administrativos de la siguiente manera. Dice: "Si la ley atribuye a entes ideales la posibilidad de querer y de obrar por medio de personas físicas, considerando como propia voluntad del ente la voluntad de estos últimos, debe esta atribución de efecto ser reconocida no sólo en el campo de lo lícito, sino de lo ilícito, y por esto del mismo modo y en el mismo sentido en que las personas jurídicas tienen capacidad de querer, tienen también capacidad de delinquir. Puede surgir una responsabilidad exclusiva e inmediata de la persona jurídica, sin que más allá o fuera de ella surja otra obligación de resarcimiento en diversa persona. Y además, puede concurrir una doble responsabilidad del ente para con los terceros, y el representante para con la persona jurídica. La persona jurídica se sirve, para realizar su vida, de representantes y agentes; los unos obran en nombre de la persona jurídica, desarrollan su voluntad al servicio de un fin preordenado por el ente, desempeñan un cargo; los otros son instrumentos materiales de ejecución destinados a realizar la voluntad de aquéllos. Sólo un prejuicio ha podido hacer creer que los actos ilícitos de los representantes no sean imputables al representado, porque contienen siempre una transgresión de poder en cuanto la persona jurídica no ha dado un mandato para delinquir. Ciertamente,

394 Von Thur, Andreas, obra citada (Derecho Civil, Personas), págs. 210 y 211.

la persona jurídica no ha dado este mandato, pero ha llamado a ciertas personas a obrar en nombre suyo, ha constituido para éstas una esfera general de poder en un campo de relaciones dentro del cual puede moverse para realizar el fin. Pero el cumplimiento de tal fin lleva consigo la posibilidad de una aberración en los medios para conseguirlo, una desviación de poderes, porque es indudable que el que obra puede errar y servirse de medios ilícitos, que quien tiene en sus manos el poder puede abusar de éste. Todo lo que se hace en la esfera del cargo entra en la vida del ente y recae sobre el ente. Cierto que la realización de actos ilícitos no corresponderá al fin y a las previsiones de la persona jurídica, pero no se podrá llamar extraño o exorbitante a su actividad"[395].

En todo caso, cualesquiera que sean los mayores o menores fundamentos de la posición precedente, el hecho es que hoy día, la gran mayoría de la doctrina piensa de la manera descrita. La persona jurídica responde definitivamente por los perjuicios causados por su órgano administrador y no cabe, a estas alturas, intentar cambiar el criterio elegido.

Hay que agregar a lo anterior, que la asociación responde no sólo por los daños causados por el directorio como órgano colegiado sino también por algún miembro del mismo; y ello aun cuando los estatutos o la ley dispongan expresamente que el directorio actúa en sala legalmente constituida, es decir, colegiadamente. La disposición legal o estatutaria referida, únicamente tiene por objeto limitar la validez de la actividad negocial y no la posibilidad de que se realicen delitos[396]. Lo mismo debe decirse de la mala fe, el dolo o cualquier violación del principio de la buena fe en materia contractual. Basta con que a lo menos uno de los miembos del directorio haya actuado con mala fe o dolo o no haya cumplido debidamente el principio de la buena fe en materia contractual, para que se entienda que la persona jurídica cometió tal infracción. El principio mayoritario sólo tiene por objeto limitar la validez de la actividad negocial y no la posibilidad de que se ejecuten actos contrarios a derecho.

Sin embargo, es opinión de la doctrina y de la legislación comparada que la responsabilidad de la persona jurídica se refiere a los actos de los órganos de la persona jurídica y no así de la de sus mandatarios o apoderados cuyo nombramiento se basa en actos del propio órgano administrativo o de la asamblea. Los actos ilícitos cometidos por aquéllos no pueden comprometer la responsabilidad de la persona jurídica sino de la misma manera como un mandatario puede comprometer la de su mandante[397].

---

395 Ferrara, Francisco, obra citada (Personas Jurídicas), pág. 823. Ascarelli, Tulio, obra citada (Sociedades y Asociaciones Comerciales), pág. 328.

396 Von Thur, Andreas, obra citada (Derecho Civil, Personas), pág. 211.

397 Enneccerus, Ludwig, obra citada (Derecho Civil, Parte General), págs. 283 y 284.

PARTE ESPECIAL

I. SOCIEDADES ANÓNIMAS

224. EL GOBIERNO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

De acuerdo con lo dispuesto en los artículo 31 y 40 de la ley 18.046 la administración de la sociedad anónima la ejerce un directorio elegido por la junta de accionistas a quien le corresponde, también, la representación judicial y extrajudicial de la compañía.

En las sociedades anónimas cerradas, el número mínimo de directores es de tres; y en las abiertas es de cinco. Los directores son elegidos por un período máximo de tres años y pueden ser reelegidos indefinidamente.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 de la citada ley, la calidad de director se adquiere por aceptación expresa o tácita del cargo y en conformidad con el artículo 38, el directorio sólo puede ser revocado en su totalidad no procediendo en consecuencia se revocación individual, con lo cual se confirma su carácter de órgano.

La administración de la compañía, mirada como un concepto separado del de representación, es ejercida por el directorio "en sala legalmente constituida", según lo dispone el artículo 39 de la ley 18.046. Es cierto que esta norma no distingue entre administración y representación y se refiere solamente a que las funciones de los directores se ejercen de esa forma. Sin embargo, como hemos dicho, la representación no se verifica mediante resoluciones o acuerdos sino por medio de declaraciones de voluntad, por lo que la norma en comentario resulta enteramente inaplicable al caso de la representación.

Según lo dispone el artículo 20 de la ley 18.046, el directorio de una sociedad anónima está investido de todas las facultades de administración y representación que la ley o el estatuto no establezca como privativas de la junta general de accionistas. Sus facultades son, por ende, amplísimas.

225. EJERCICIO DEL CARGO DE DIRECTOR

El artículo 41 de la ley 18.046 dispone que los directores deben emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios.

Sin embargo, la ley de sociedades anónimas no se limita a sentar un principio general sino que tambien formula una enumeración de cosas que no pueden hacer los directores. Al respecto, el artículo 41 dispone: "Los directores no podrán: 1) Proponer modificaciones de estatutos y acordar emisiones de valores mobiliarios o adoptar políticas o decisiones que no tengan por fin el interés social, sino sus propios intereses o los de terceros relacionados; 2) Impedir u obstaculizar las investigaciones destinadas a establecer su propia responsabilidad o la de los

ejecutivos en la gestión de la empresa; 3) Inducir a los gerentes, ejecutivos y dependientes o a los inspectores de cuentas o auditores, a rendir cuentas irregulares, presentar informaciones falsas y ocultar información; 4) Presentar a los accionistas cuentas irregulares, informaciones falsas y ocultarles informaciones esenciales; 5) Tomar en préstamo dinero o bienes de la sociedad o usar en provecho propio, de sus parientes, representados o sociedades a que se refiere el inciso segundo del artículo 44, los bienes, servicios o créditos de la sociedad, sin previa autorización del directorio otorgada en conformidad a la ley; 6) Usar en beneficio propio o de terceros relacionados, con perjuicio a la sociedad, las oportunidades comerciales de que tuvieren conocimiento en razón de su cargo, y 7) En general, practicar actos ilegales o contrarios a los estatutos o al interés de la sociedad o usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social. Los beneficios percibidos por los infractores a lo dispuesto en los tres últimos números de este artículo pertenecerán a la sociedad, la que además deberá ser indemnizada por cualquier otro perjuicio.

Nos interesa destacar que la ley en reiteradas ocasiones vuelve a insistir en la idea de que el cargo de director lo es de la sociedad y no de los accionistas que lo nominaron. Así lo dice expresamente el artículo 39 de la ley del ramo al establecer que "los directores elegidos por un grupo o clase de accionistas tienen los mismos deberes para con la sociedad y los demás accionistas que los directores restantes, no pudiendo faltar a éstos y a aquélla a pretexto de defender los intereses de quienes los eligieron. Este principio se encuentra repetido en el número 1) del artículo 41 y constituye una clara diferencia entre la actitud o comportamiento que pueden tener los accionistas y aquel que se exige a los directores. En efecto, veremos más adelante que los accionistas deben ejercer sus derechos sociales respetando los de la sociedad y los de los otros accionistas, pero no están impedidos -como lo están los directores- de proponer modificaciones de estatutos y acordar emisiones de valores mobiliarios o adoptar políticas o decisiones que no tengan por fin el interés social, sino sus propios intereses o los de terceros relacionados.

Finalmente, se debe advertir que los directores de sociedades anónimas están obligados a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso en razón de su cargo y que no haya sido divulgada oficialmente por la compañía. La norma agrega que no regirá esta obligación cuando la reserva lesione el interés social o se refiera a hechos u omisiones constitutivas de infracción de los estatutos sociales, de la legislación aplicable a las sociedades anónimas, o de sus normas complementarias (art. 43 Ley 18.046). De igual manera, el directorio debe proporcionar a los accionistas y al público, las informaciones suficientes, fidedignas y oportunas que la ley y, en su caso, la Superintendencia determinen respecto de la situación legal, económica y financiera de la sociedad (art. 46 Ley 18.046)

226. Delegación de las facultades del directorio

El artículo 39 de la Ley de sociedades anónimas establece que las funciones

de director no son delegables, pero el inciso segundo del artículo 40 autoriza al directorio como entidad a delegar parte de sus facultades en los gerentes, subgerentes o abogados de la sociedad, en un director o en una comisión de directores y, para objetos especialmente determinados, en otra persona.

En realidad, lo que esta norma impide es la delegación del cargo de director o que el Directorio como órgano de la sociedad que es, delegue en otra persona o entidad su calidad de tal. No obsta a lo anterior, no constituye una infracción a esta disposición un poder general y amplio otorgado a los directores y gerentes para realizar todos los actos jurídicos que se encuentren dentro del objeto de la sociedad, pues debe tenerse en consideración que el directorio no sólo cuenta con facultades de representación sino también de administración, lo que supone la realización de actos o hechos que no tienen la calidad de actos jurídicos.

227. RESPONSABILIDAD DEL DIRECTORIO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

El artículo 41 ya citado de la ley de sociedades anónimas dispone que los directores deben emplear el cuidado ordinario en la administración de la sociedad y responden solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas por sus actuaciones dolosas o culpables. Agrega esta disposición que es nula toda estipulación del estatuto social y todo acuerdo de la junta de accionistas que tienda a liberar o limitar la responsabilidad de los directores.

Desde luego, se debe advertir que la responsabilidad del directorio no es colectiva sino individual. La ley dice que los directores responden solidariamente por "sus" actuaciones dolosas o culpables y no por aquellas en que hayan incurrido otros directores. Eso no significa que los deberes de los directores no recaigan sobre todos ellos y que se pueda impugnar una acción de responsabilidad por parte de uno de ellos aduciendo que no concurrió con su voto favorable al acuerdo que causó el perjuicio. Para salvar su responsabilidad es menester que haga constar su oposición al acuerdo en el acta, debiendo darse cuenta de ello en la próxima Junta Ordinaria de Accionistas (art. 48 Ley 18.046).

En todo lo demás, nos remitimos íntegramente a lo dicho en la parte general cuando tratamos el tema de la responsabilidad del directorio.

228. PRESUNCIONES DE RESPONSABILIDAD

El artículo 45 de la ley de sociedades anónimas instituye una serie de presunciones de responsabilidad, esto es, invierte el peso de la prueba de forma que aquel que alega haber sufrido un perjuicio digno de indemnización no debe probar que el o los directores obraron con dolo o culpa sino que éstos deben demostrar que no lo hicieron. El citado artículo dispone: Se presume la culpabilidad de los directores respondiendo, en consecuencia, solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad, accionistas o terceros, en los siguientes casos: 1) Si la sociedad no llevare sus libros o registros; 2) Si se repartieren dividendos provisorios habiendo pérdidas acumuladas, respecto de los directores

que concurrieron al acuerdo respectivo; 3) Si la sociedad ocultare sus bienes, reconociere deudas supuestas o simulare enajenaciones; se presume igualmente la culpabilidad del o de los directores que se beneficien en forma indebida, directamente o a través de otra persona natural o jurídica de un negocio social que, a su vez, irrogue perjuicio a la sociedad.

II. SOCIEDADES COLECTIVAS

229. EL ÓRGANO DE GOBIERNO EN LAS COLECTIVAS

El órgano de gobierno de las sociedades colectivas civiles y comerciales, y de las sociedades de responsabilidad limitada depende en realidad del sistema que se haya elegido por los socios. De acuerdo a la ley, la administración de la compañía puede corresponder a una persona designada en el estatuto o a todos los socios, en cuyo caso se entiende que cada uno de ellos ha recibido de los otros el poder de administrar (arts. 2.071 y siguientes del Código Civil y 384 y siguientes del Código de Comercio).

El órgano de gobierno de las colectivas está formado por personas individuales y no por una entidad colectiva que actúa por medio de acuerdos o deliberaciones y en sala legalmente constituida. Sin embargo, esto no significa que la teoría del órgano les sea inaplicable. Muy por el contrario, se les aplica con mayor rigor por cuanto, al tratarse de órganos unipersonales, existe la tentación de aplicar normas del mandato que por su naturaleza no han sido pensadas para la administración de las personas jurídicas.

Es más, hemos visto que incluso es posible observar en las colectivas una suerte de asamblea de socios cuando existen divergencias entre los socios en orden a si la persona jurídica debe celebrar o no un acto jurídico determinado. En tales casos, tanto el Código Civil como el de Comercio establecen que resuelve la mayoría de votos computada según el contrato y, en su defecto, la mayoría numérica de los socios.

230. LA FACULTAD DE ADMINISTRACIÓN Y REPRESENTACIÓN EN LAS COLECTIVAS CIVILES

La facultad de administración y representación en las colectivas civiles no es tan amplia como en las sociedades anónimas, puesto que el principio es que los socios, tengan o no la administración, siempre conservan el poder de dirigir en último término la compañía.

En efecto, en el caso de las sociedades civiles, el artículo 2.077 establece que el socio administrador debe ceñirse a los términos de su mandato, y en lo que éste callare, se entenderá que no le es permitido contraer a nombre de la sociedad otras obligaciones ni otras adquisiciones o enajenaciones que las comprendidas en el giro ordinario de la sociedad. Además, el artículo 2.978 agrega que a este socio le

corresponde cuidar de la conservación, reparación y mejora de los bienes de la sociedad, pero no puede empeñarlos, ni hipotecarlos, ni alterar su forma, aunque las alteraciones le parezcan convenientes. Finalmente, el artículo 2.079 del Código Civil establece que "en todo lo que obre dentro de los límites legales o con poder especial de sus consocios, obligará a la sociedad; obrando de otra manera, él sólo será responsable".

Se debe advertir que el socio administrador puede ejecutar los actos administrativos comprendidos dentro de su gestión aun contra el parecer de otros socios, pero la mayoría de éstos puede oponerse a todo acto que no haya producido sus efectos legales (art. 2.075 Código Civil).

Iguales reglas se aplican en el caso que la administración la ejerzan todos los socios según lo dispone el inciso primero del artículo 2.081.

231. LA ADMINISTRACIÓN Y LA REPRESENTACIÓN EN LAS COLECTIVAS COMERCIALES

En el caso que la administración le corresponda a todos los socios, se entiende que cada uno de ellos puede hacer válidamente todos los actos y contratos comprendidos en el giro ordinario de la sociedad o que sean necesarios o conducentes a la consecución que éste se hubiere propuesto (art 387 Código de Comercio).

Sin embargo, delegada la facultad de administrar en uno o más de los socios, éstos pierden toda injerencia en la administración de la sociedad. Así lo dispone el artículo 392 del Código de Comercio. Las facultades del delegado no son sino aquellas que se especificaren en su nombramiento (art. 394), y si nada se dijere sobre la extensión de sus poderes, el delegado no tendrá más facultades de las que gozan los socios cuando no se hubiere designado administrador, esto es, puede celebrar válidamente todos los actos o contratos comprendidos en el giro ordinario de la sociedad (art . 402), con las limitaciones de los artículos 395 y 397 del Código de Comercio.

III. SOCIEDADES COOPERATIVAS

232. EL ÓRGANO DE GOBIERNO EN LAS COOPERATIVAS

La administración de las sociedades cooperativas se encuentra a cargo de un consejo de administración elegido por la Junta General de Socios. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley de Cooperativas, al Consejo le corresponde "la administración superior de los negocios sociales y la ejecución de los planes acordados por aquélla (Junta de Socios), ajustándose a las normas que haya fijado".

La misma norma agrega que a dicho consejo le corresponde la representación judicial y extrajudicial de la cooperativa, que puede delegar en parte para fines determinados.

233. Responsabilidad del consejo de administración

Respecto del tema en análisis es necesario efectuar una distinción entre la responsabilidad del consejo frente a los socios de la cooperativa y la responsabilidad frente a terceros.

Respecto a la primera, el artículo 44 de la Ley de Cooperativas señala que los consejeros responden de los actos que ejecuten en el desempeño de sus cargos y de los perjuicios que ocasionen por negligencia grave en el cumplimiento de sus deberes. Esto significa que el grado de diligencia que deben emplear en el ejercicio de sus cargos es el mínimo y no el mediano, lo que nos parece un despropósito. No obstante, está en la ley.

Respecto de terceros, pensamos que esta norma es inaplicable pues ella se refiere al cumplimiento de los deberes del consejero, los que sólo pueden ser conocidos por la Junta de Socios de la Cooperativa. Por ello, en cada caso regirán los principios generales de la legislación y, por ende, normalmente, responderá hasta de culpa leve.

IV. LAS COMUNIDADES Y ASOCIACIONES DE CANALISTAS

234. El órgano de gobierno de las asociaciones y comunidades

El gobierno de las Asociaciones o Comunidades de Canalistas se encuentra a cargo de un directorio o administradores nombrados por la junta de comuneros y que ejercen sus funciones por un año (art. 228 Código de Aguas). Se elige un Directorio cuando el número de comuneros es superior a cinco. En caso contrario, se designa uno o más administradores con las mismas facultades que el directorio. El directorio se compone por no menos de tres miembros y no más de once y debe celebrar sesiones por lo menos una vez cada semestre (art. 235 Código de Aguas).

235. La facultad de administración y representación en las asociaciones y comunidades

La facultad de administrar a estas personas jurídicas la tiene evidentemente el directorio con todas y cada una de las facultades mencionadas en el artículo 241 del Código de Aguas. Éste, como todo órgano pluripersonal, debe actuar en sala legalmente constituida según los quórum señalados en el artículo 238 del Código del ramo.

Sin embargo, la facultad de representación no la tiene el Directorio sino el Presidente de este órgano según lo indica el artículo 240 del mismo, con lo cual se soluciona el problema de si esta facultad debe ejercerse por unanimidad o por el contrario rigen las mismas mayorías exigidas por la ley para adoptar acuerdos.

Tanto para administrar como para representar, el órgano mencionado no tiene limitaciones salvo las que emanan de las facultades de la Junta y de las normas generales del derecho.

V. LAS CORPORACIONES

236. EL ÓRGANO DE GOBIERNO DE LAS CORPORACIONES

Las corporaciones son dirigidas por un directorio elegido anualmente por la Asamblea General Ordinaria (art. 10 del Reglamento). Ni la ley ni el reglamento establecen un número mínimo ni máximo de integrantes por lo que queda a la prudencia de los estatutos señalarlo. Los directores duran un año en sus funciones desde el momento que el art. 10 antes citado dispone que éstos se eligen anualmente.

Dentro del directorio éste está obligado a designar, por lo menos, Presidente, secretario y tesorero (art. 11 del Reglamento).

237. LA FACULTAD DE ADMINISTRACIÓN Y REPRESENTACIÓN EN LAS CORPORACIONES

Desde luego, el Directorio administra y dirige la corporación. Así lo dice el artículo 14 del Reglamento. En el ejercicio de esta facultad, el directorio actúa en sala legalmente constituida y no tiene otras limitaciones que aquellas que le señale el estatuto.

Sin embargo, al igual que en las asociaciones de canalistas antes analizadas, la facultad de representar no la tiene el directorio sino el presidente del mismo. Así lo dice el inciso segundo del artículo 11 que dispone: “El presidente del directorio lo será también de la Corporación, la representará judicial y extrajudicialmente y tendrá las demás atribuciones que los estatutos señalen”.

La extensión de la facultad de representación debe ser determinada a nuestro juicio por los estatutos de la corporación, pues el artículo 552 establece que los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación; en cuanto excedan de estos límites, sólo obligan personalmente al representante.

SECCIÓN TERCERA
FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD COLECTIVA

238. EL ACUERDO COMO BASE PARA FORMAR LA VOLUNTAD DEL ÓRGANO COLEGIADO

Todo órgano colegiado, llámese junta, directorio o comisión revisora de cuentas, necesita disponer de un sistema que le permita procurarse una sola voluntad que represente o determine la voluntad del órgano y, por ende, de la persona jurídica. Esto se realiza a través de la declaración de voluntad de las personas físicas que portan la calidad de órgano y, en consecuencia, que disponen del poder de concurrir a formar la voluntad de la entidad. Este poder se manifiesta

y se exterioriza a través del VOTO. El voto es un acto jurídico unilateral por el cual se ejerce el derecho de contribuir a formar la voluntad del ente colectivo, optándose por una determinada preferencia en torno a cuál debe ser la voluntad de la persona jurídica.

Del voto emitido por cada uno de los miembros que portan la calidad de órgano surge el ACUERDO O DELIBERACIÓN, que está constituido, en el fondo, por la voluntad de la mayoría, pero que -al decir de Ascarelli-[398] se descompone en una serie de declaraciones psicológicas distintas y que presentan, cada una, también, la propia individualidad. Es importante detenerse a considerar esta última afirmación. Significa que desde el punto de vista jurídico, el voto que contribuyó a formar el acuerdo es distinto al acuerdo mismo; y lo es, en efecto, porque en último término el acuerdo es un acto que por ser una suma de voluntades individuales, carece por lo mismo de voluntad propia. El acuerdo podrá ser la voluntad de la persona jurídica, pero, en el fondo, no constituye más que un escrutinio. La voluntad de actuar de la manera acordada existe, a lo sumo, solamente, en los que contribuyeron con su voto a formar el acuerdo, pero, la mayoría de las veces, la causa de la preferencia expresada en el voto varía de sufragante en sufragante.

Sin embargo, como quiera que se conciba a la voluntad de la mayoría y al resultado de ese escrutinio que llamamos acuerdo, el hecho es que la ley y los estatutos le atribuyen un efecto singular: el de constituir, para todos los efectos jurídicos, la voluntad de la persona moral. Este es un hecho que los distintos votantes no pudieron menos que representarse al momento de ejercer o no su derecho a voto. Esto hace que el acuerdo sea, además de un simple escrutinio, una suma de voluntades individuales tendientes a producir un efecto jurídico determinado, cual es el de formar la voluntad de la persona moral. Siendo así, el acto que resulta de dichas declaraciones de voluntad, a saber, el acuerdo o deliberación, no puede ser sino, necesariamente, un acto o negocio jurídico, pues se reúnen al efecto todos los requisitos del mismo. Es efectivo que a la formación de dicho acto jurídico, en ciertos casos, concurrió la voluntad disconforme de algunos socios, accionistas o directores que ejercieron su derecho a voto optando por una preferencia distinta a la representada por el acuerdo y, en otros casos, no concurrió la voluntad de los socios o directores inasistentes. Pero el sostener que no hubo acuerdo de voluntades entre estos últimos y los primeros choca con un obstáculo que echa por tierra cualquier conclusión en tal sentido, porque el objetivo de las distintas declaraciones unilaterales de voluntad que denominamos sufragios, no fue otro que el de contribuir a formar la voluntad del ente, y en eso sí que hubo y hay acuerdo de voluntades expreso que nace y permanece en el acto constitutivo de la persona moral. Se trata de un acto jurídico celebrado por todos los miembros o integrantes del órgano de la persona jurídica para dotar de voluntad a la entidad moral.

Esta suerte de dualidad que se presenta entre los distintos actos jurídicos

---

398 Ascarelli, Tulio, obra citada (Sociedades y Asociaciones Comerciales), pág.160.

representados por los sufragios y el resultado del escrutinio que denominamos acuerdo, es lo que hace surgir lo que en doctrina se denomina como "acto colectivo" y que intenta explicar la naturaleza jurídica de la deliberación o acuerdo. Éste -se dice- "no es un contrato ya que en principio decide la mayoría, mientras la noción de contrato exige el consentimiento de los que participan en él; falta además el cambio de declaraciones, puesto que las de los votantes se dirigen juntas y en forma paralela a directorio; no es necesario que el voto de un miembro llegue a conocimiento de los demás (votación secreta); el resultado de la votación, por lo general, se publica, pero no se requiere para su validez que los miembros lleguen a conocerlo; pueden ignorarlo, por ejemplo, aquellos que se alejaron de la asamblea antes de que ésta terminara.

Que no haya acuerdo de voluntades es algo en que nosotros discrepamos, pues ese acuerdo existe en cuanto se pretende, por todos los socios, incluso por los inasistentes o abstenidos, dotar de voluntad a la entidad moral. En eso consiste el acuerdo. Que haya diferencias en cuanto al contenido del acuerdo es irrelevante desde el punto de vista jurídico, pues los socios se comprometieron a respetar como propio de la persona jurídica cualquier acuerdo que estuviera apoyado por la voluntad de la mayoría de los socios. Que las declaraciones de voluntad no sean recíprocas sino paralelas no es cierto, porque la totalidad de los socios se obligaron RECÍPROCAMENTE a respetar la voluntad de la mayoría, pero aunque ello fuere cierto, al menos en nuestro derecho positivo, no obsta a la existencia de un contrato, porque la reciprocidad en el contenido de las obligaciones es un requisito de los contratos bilaterales y no de los contratos en general. Que el contenido o preferencia concreta de un socio, accionista o director sea desconocido por los otros, es una circunstancia que resulta irrelevante dado que ese contenido también lo es para los fines del acto de que se trata, pues aquellos se comprometieron a respetar la voluntad de la mayoría cualquiera que fuere ese contenido, a menos que éste excediere los límites fijados por la ley o los estatutos, en cuyo caso la voluntad de la mayoría no es la voluntad de la persona jurídica.

En fin, creemos que la deliberación o acuerdo es uno de los efectos jurídicos del cumplimiento del contrato que dio origen a la persona moral. Que ese efecto jurídico sea otro acto jurídico, como podría ser un contrato, no es la primera vez que ocurre. La necesidad de efectuar la tradición, por ejemplo -que como es sabido constituye una convención- es el efecto jurídico de cualquier título traslaticio de dominio. En este sentido se debe reiterar que el acuerdo de voluntades consiste en respetar la voluntad de la mayoría y no corresponde buscar el acuerdo en el tipo de preferencia que se expresó en el voto, pues dicha preferencia es irrelevante para determinar la naturaleza del acto, pues los miembros de la entidad se comprometieron a respetar la voluntad de la mayoría cualquiera que fuere su contenido. Por ende, cualquier contenido formaba parte del acuerdo: la diferencia desaparece cuando se conoce la voluntad de la mayoría. Esto puede traducirse de la siguiente manera: Es irrelevante para determinar la naturaleza contractual de la deliberación todo aquello que no constituya, en el fondo, un desacuerdo entre las partes. El desacuerdo en cuanto al contenido de la deliberación no es propiamente tal, pues la minoría se comprometió a respetar la

voluntad de la mayoría. Luego, no habiendo en el fondo desacuerdo, la diversidad de preferencias expresada por los sufragantes es irrelevante para determinar la naturaleza de la deliberación.

De todo lo anterior se sigue que si el resultado de ese escrutinio que denominamos acuerdo o deliberación crea derechos subjetivos será un contrato, y si no lo hace, será una convención. Pero no es necesario recurrir a la doctrina del acto colectivo para explicar la naturaleza jurídica de la deliberación[399]. Se debe advertir en todo caso, y volveremos sobre este particular, que la naturaleza del acuerdo nunca será la misma que la del acto que se pretende que realice la persona jurídica. En efecto, si se acuerda que la sociedad compre un inmueble, el acuerdo importa una orden al directorio para que lo haga. A lo sumo, el acuerdo constituirá un mandato, que no es lo mismo que el contrato de compraventa encargado.

Finalmente, cabe advertir -como lo hace Ascarelli-[400] que el acuerdo del órgano (Asamblea o Directorio) puede abarcar no sólo una declaración de voluntad, como tiene lugar en las hipótesis más frecuentes sino, también, una declaración de contenido diverso como lo es una declaración de conocimiento que no implica un pronunciamiento en favor o en contra.

239. El acuerdo mirado como voluntad de la persona jurídica

De lo expuesto en el párrafo precedente, se deduce que el acuerdo o deliberación es el resultado o el efecto de un acto jurídico. Ese resultado es lo que vale como voluntad de la entidad moral. Y la voluntad no tiene un contenido específico así como tampoco una naturaleza jurídica determinada. Puede ser un acto jurídico como puede que no lo sea, como cuando se acuerda felicitar al directorio o al gerente por su gestión durante el ejercicio pasado. Si se trata de una elección de directorio, se crea el órgano ejecutivo de la entidad; si se toma la decisión de adquirir un inmueble, representa una orden al directorio o a los representantes para que lo ejecuten o celebren; lo mismo si se trata de un reparto de dividendos.

Pero es importante tener presente que el acto en virtud del cual se pone en práctica la voluntad de la persona jurídica es sustancialmente diferente al acuerdo mirado también como acto jurídico. Entre ambas cosas existe la misma relación que hay entre la decisión de hacer alguna cosa y llevar a cabo la acción de que se trata, la misma relación que hay entre entendimiento y voluntad. Por ello es que se trata de dos actos jurídicos que tienen objeto y causa propia. El objeto del acuerdo es que la persona jurídica realice una conducta positiva o negativa determinada; por ejemplo, que venda un inmueble. El objeto del contrato de compraventa en virtud del cual se da cumplimiento al acuerdo no es obviamente

---

399 En igual sentido se manifiestan Von Thur, obra citada (Derecho Civil, Personas), pág. 182 y Ascarelli, obra citada (Sociedades y Asociaciones Comerciales), pág. 160.

400 Ascarelli Tulio, obra citada (Sociedades y Asociaciones Comerciales), pág. 160.

el mismo que el acuerdo, pues éste era, en el ejemplo dado, la ejecución de un hecho consistente en vender un inmueble, en circunstancias que el contrato de compraventa de ese inmueble tiene por objeto una obligación de dar y no de hacer. Lo mismo se puede decir de la causa. La causa del acuerdo, en el ejemplo dado, es que la persona jurídica haga efectiva -supongamos- una utilidad determinada, en circunstancia que en el contrato de compraventa, la causa de la obligación de la entidad de transferir el dominio del inmueble será el precio que recibirá de su contraparte. Sin embargo, la causa mirada como motivo, esto es, la causa final, es idéntica en ambos casos.

Es por eso mismo que puede darse el caso de un acuerdo que tenga un objeto y una causa lícitas y de un acto jurídico celebrado en virtud de dicho acuerdo, que adolezca de alguno de estos vicios.

240. Requisitos de fondo y forma del acuerdo como acto jurídico

Como todo acto jurídico, la deliberación o el acuerdo tiene requisitos de forma los cuales están representados fundamentalmente por (a) la competencia de la junta o directorio; y (b) por los quórum de asistencia y los necesarios para adoptar acuerdos.

La competencia de la junta o del directorio, en su caso, es aquella que lo habilita para deliberar y adoptar acuerdos y decisiones sobre un asunto concreto relativo a la vida de la sociedad con el poder que le otorga su calidad de órgano, esto es, con el efecto de que sus decisiones sean consideradas por terceros y por los otros órganos de la entidad, como propios de la voluntad de la persona jurídica.

Esta competencia está determinada, a su vez, por un elemento de forma y otro de fondo. El primero está compuesto por el cumplimiento de las formalidades de convocatoria y citación, incluyendo a la naturaleza de la junta en orden a si es ordinaria y extraordinaria. El segundo, que es más bien amplio o de fondo, es que la junta o directorio debe tener efectivamente facultades para resolver la cuestión de que se trata, en virtud de los estatutos o de la ley.

El segundo requisito de forma es el cumplimiento de los quórum de asistencia y los necesarios para adoptar acuerdos, que serán analizados con mayor detención en la sección cuarta de este capítulo. Puede que a este respecto exista alguna duda en considerar a los quórum como simples formalidades de los acuerdos, pues ellos tienden a identificarse con la voluntad, pero es necesario tener presente que en el primer caso, esto es, en el de los quórum de asistencia se trata de un requisito para constituir la junta que tomará el acuerdo, de suerte que es lógico considerarlo como tal, tanto más cuanto, en segunda citación, no se exige quórum de asistencia alguno, lo que induce a pensar que se trata de una mera forma y no de un aspecto de fondo del acto de que se trata. En el segundo caso, esto es, en el de los quórum para adoptar acuerdos, puede que resulte más discutible, pero al tratarse de un requisito que varía en su cuantía para cada caso, creemos que también procede tratarlo en este punto. En todo caso, ello es irrelevante, pues lo que importa son los efectos y en ambos casos, dichos efectos son los propios de la nulidad absoluta según se ha visto y se verá.

Los requisitos de fondo del acuerdo o deliberación son el objeto y la causa lícitas.

El objeto del acuerdo esta representado por los derechos y obligaciones que de él emanan y éstos son básicamente la obligación de los disidentes de respetar la voluntad de la mayoría y el derecho de la mayoría de hacer cumplir el resultado de la votación. El objeto es ilícito cuando la voluntad de la mayoría que se pretende imponer representa la realización de un hecho, acto o contrato prohibido por las leyes; por ejemplo, cuando el directorio de una sociedad anónima acuerda repartir dividendos provisorios habiendo pérdidas acumuladas (artículo 79 de la Ley 18.046); o cuando la junta de accionistas acuerda liberar o limitar la responsabilidad del directorio establecida por la ley (artículo 41 de la Ley 18.046); o cuando la misma junta acuerda diferir su pronunciamiento respecto de la memoria, balance general y estados de ganancias y pérdidas que hayan sido presentados por el directorio (artículo 77 de la ley 18.046), etc.

La causa del acuerdo está representada por los motivos de conveniencia social que inducen a adoptar la decisión de que se trata. La causa es ilícita cuando se encuentra prohibida por la ley, o es contraria a las buenas costumbres o al orden público, por ejemplo, cuando el directorio o la junta de accionistas de una sociedad anónima acuerdan ejecutar o celebrar cualquier acto o contrato con el objeto de estabilizar, fijar o hacer variar artificialmente los precios de los valores de oferta pública (artículo 52 de la Ley 18.045).

Si se omitieren algunos de los requisitos de forma del acuerdo, las decisiones contenidas en él no resultarían atribuibles a la voluntad de la persona jurídica. Esto significa, en términos jurídicos, que dichos acuerdos son inoponibles a los miembros de la entidad, a los otros órganos de la misma y a terceros, puesto que han sido adoptados por un órgano que no es hábil para manifestar la voluntad de la persona jurídica ya por carecer de competencia (esto es, por obrar fuera de la esfera de sus atribuciones o sin cumplir con las normas previstas por los estatutos o por la ley para su debida constitución y funcionamiento), ya por no haberse reunido los quórum mínimos exigidos por la ley o los estatutos para constituir la asamblea o directorio o adoptar el acuerdo de que se trata.

Sin embargo, si dichas formalidades han sido establecidas por la ley ya sea porque fue ella quien fijó la esfera de atribuciones del órgano de que se trata o las formalidades de convocatoria y citación o, finalmente, los quórum de que hemos hablado, el acuerdo es, además de inoponible, nulo absolutamente por haberse omitido ciertas formalidades establecidas por la ley en atención a la naturaleza del acto y no al estado o calidad de las personas que lo ejecutan o celebran (artículo 1.682 del Código Civil).

Las formalidades de convocatoria y citación no son renunciables por los socios, accionistas o directores, salvo un solo caso que es el contemplado en el artículo 60 de la ley de sociedades anónimas.

Si faltan los requisitos de fondo, esto es, el objeto y la causa del acuerdo o, no faltando, éstos son ilícitos, el acuerdo es nulo absolutamente ya sea por falta de causa u objeto o por objeto y causa ilícita (artículo 1.682 del Código Civil).

241. LA NULIDAD DEL ACUERDO. CAUSALES Y EFECTOS

Los acuerdos adoptados por los órganos colegiados o pluripersonales de las personas jurídicas pueden ser declarados nulos por los siguientes motivos:

a. Porque el acuerdo fue adoptado en una reunión o asamblea no convocada o no constituida válidamente, siempre que las formalidades omitidas hayan sido puestas por la ley; y también cuando no se hayan reunido quórum mínimos exigidos por la ley para adoptar un acuerdo determinado.

b. Porque el acuerdo adolece de objeto o causa ilícitas;

c. Porque el acuerdo resulta de votos provenientes de voluntades viciadas por error, fuerza o dolo; o porque han sido emitidos por una persona incapaz.

La primera causa de nulidad del acuerdo se produce cuando ha sido adoptado en una reunión o asamblea no convocada o no constituida válidamente; o cuando no se han reunido los quórum mínimos exigidos para adoptar un determinado acuerdo; pero ello siempre que las solemnidades o los quórum, en su caso, hayan sido puestos por la ley, porque sólo así puede recibir aplicación el artículo 1.682 del Código Civil que dice: "La nulidad producida por un objeto o causa ilícitas y la nulidad producida por la omisión de un requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza del acto, y no a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o celebran, son nulidades absolutas".

La segunda causa de nulidad del acuerdo ocurre cuando éste adolece de objeto o causa ilícita, caso en el cual recibe plena aplicación lo dispuesto en el artículo 1.682 del Código Civil, ya transcrito.

En ambos casos la nulidad es absoluta y, por ende, puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato. Ello ocurrirá toda vez que no exista constancia suficiente en el acta de la reunión de que se ha cumplido con dichas solemnidades o requisitos y que no pueda demostrarse por otra vía lo contrario. Asimismo, puede alegarse por todo el que tenga interés en ello (socios o extraños), excepto por aquellos socios, accionistas o directores que adoptaron el acuerdo sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Puede, evidentemente, pedirse la declaración de nulidad absoluta por el ministerio público en el solo interés de la moral o de la ley; y, finalmente, dicho acuerdo nulo absolutamente no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de diez años (artículo 1.683 del Código Civil).

La tercera causa de nulidad o ineficacia del acuerdo es cuando éste se produce con el concurso de votos o declaraciones de voluntad viciadas por error, fuerza o dolo. En tales eventos es necesario impugnar de nulidad el o los votos viciados. La ineficacia del acuerdo sólo surge en la medida que, con la declaración de nulidad, se haga desaparecer la mayoría que le dio origen.

La nulidad del o los votos viciados es relativa en virtud de lo dispuesto en el

último inciso del artículo 1.682 del Código Civil, por lo que no puede ser declarada por el juez sino a petición de parte; ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por la ratificación de las partes.

Pero la nulidad del acuerdo no es relativa sino absoluta. La nulidad de éste no se produce directamente por la declaración de nulidad de los votos viciados sino como consecuencia de que se hace desaparecer los quórum mínimos exigidos por la ley para adoptar el acuerdo de que se trata. Esto significa que, declarada la nulidad de los votos que sirven para generar la mayoría exigida por la ley, cualquiera que tenga interés puede pedir la nulidad del acuerdo, pero no podrá declararse de oficio por el juez, pues no aparecerá de manifiesto en el acto o contrato. Estimamos que el plazo de diez años en que se sanea la nulidad absoluta se empieza a contar desde la fecha del acuerdo y no desde que se notificó a las partes la sentencia que declaró la nulidad relativa de los votos respectivos, pues la declaración de nulidad de éstos opera con efecto retroactivo.

Si el o los votos fueron emitidos por un incapaz, la nulidad del voto será absoluta o relativa según sea la naturaleza de la incapacidad que hubiere afectado al votante, pero la nulidad del acuerdo será siempre absoluta, por las razones antes expuestas.

242. LA INEXISTENCIA DEL ACUERDO. CAUSALES Y EFECTOS

Para los partidarios de la teoría de la inexistencia jurídica, los acuerdos adoptados por los órganos colegiados de las personas jurídicas serían inexistentes en los siguientes casos:

1. Porque han sido adoptados sin los quórum mínimos exigidos por la ley para adoptar el acuerdo específico de que se trata;

2. Porque se han omitido las formalidades mínimas exigidas por la ley para la constitución válida de la junta;

3. Porque el acuerdo carece de objeto o causa;

En el primer caso el acuerdo sería inexistente porque pareciera que no existe voluntad. Sólo hay una apariencia formal de acuerdo, pero en realidad, no existe.

En el segundo caso han faltado ciertas formalidades que se requieren para expresar la voluntad, de suerte que aquella que figura no es tal, pues no se ha usado el medio exigido por la ley, como cuando ella exige que un determinado acto se ejecute o celebre por escritura pública.

En el tercer caso tampoco hay voluntad, pues ella debe recaer necesariamente sobre el objeto y la causa; y si ésta o aquél no existen, no pudo haber nacido voluntad alguna.

Los efectos de la inexistencia son obvios y han sido tratados en el primer volumen de este trabajo.

243. CASOS DE INOPONIBILIDAD DEL ACUERDO

La inoponibilidad del acuerdo de un órgano de la persona jurídica frente a otros órganos de la misma y, tambien, frente a los socios o accionistas de la entidad, se produce cuando dicho acuerdo ha sido adoptado con infracción a las normas previstas en los estatutos de la compañía. El fundamento de esta inoponibilidad es que los socios y las personas portadoras de la calidad de órgano se obligaron a respetar y hacer cumplir los acuerdos de otros órganos de la entidad, en la medida de que éstos se adoptaran cumpliendo las normas estatutarias que todos se dieron en el acto constitutivo. Si se adoptan con infracción a dichas normas, es preciso concluir que ellos no los obliga ni les empece, de suerte que pueden desconocerlos en cuanto a que el contenido de los mismos no es atribuible a la voluntad de la entidad.

Sin embargo, los acuerdos de los órganos de la persona jurídica no sólo producen efectos internos sino también externos, esto es, se pueden ver afectados intereses de terceros.

Si se trata de acuerdos que sólo están destinados a producir efectos en lo interno y representan un incumplimiento de forma o de fondo a los estatutos, ellos son inoponibles a la persona de los socios y a los otros órganos de la entidad, pero no son nulos, pues las causales de nulidad son de derecho estricto y no existe en nuestra legislación ninguna sanción de esta naturaleza para los casos en comentario. Si no obstante la oposición de una parte de los socios, estos actos se llevan a la práctica por carecer la oposición de la mayoría necesaria para controlar la persona jurídica, podrán los disidentes, en nuestra opinión, solicitar el cumplimiento forzado de los estatutos, esto es, solicitar se suspenda el cumplimiento de los acuerdos contrarios a los estatutos o ajenos al fin de la entidad y, en caso de no ser ello posible o no interesarles su resultados, podrán los disidentes pedir la resolución del vínculo jurídico que los liga como socios de la sociedad o como miembros de la persona jurídica, más la correspondiente indemnización de perjuicios.

Es necesario tener presente que lo expuesto precedentemente se aplica a todo acto emanado de un órgano de la sociedad, sea éste unipersonal o pluripersonal, incluyéndose a las sociedades colectivas civiles y comerciales.

244. IMPROCEDENCIA DE LA INOPONIBILIDAD

Si se trata de acuerdos o actos que producen efectos en las relaciones externas de la persona jurídica, y tales acuerdos se llevan a la práctica mediante la celebración de los correspondientes actos o contratos, sea que ellos representen una infracción de forma o de fondo a los estatutos, no puede concluirse, bajo respecto alguno, que ellos resultan inoponibles a la persona de los socios o de

otros órganos de la entidad. Esos actos obligan a la persona jurídica, con las excepciones que se verán en el párrafo siguiente, pues los terceros no tienen por qué conocer los estatutos de la entidad con la que contratan, así como tampoco les empecen o vinculan. De esta suerte, si obligan a la persona jurídica, mal podrían resultar inoponibles a la persona de sus socios o integrantes así como a los otros órganos de la entidad.

Pero tal conclusión tiene excepciones, según se desprende de lo dicho en el párrafo siguiente.

245. EFECTOS DE LOS ACUERDOS EMANADOS DE ÓRGANOS NO FACULTADOS PARA ADOPTARLOS

En principio, los acuerdos, actos o contratos emanados de órganos no facultados según los estatutos para adoptarlos, ejecutarlos o celebrarlos, no adolecen de ningún vicio de nulidad, pues las nulidades son de derecho estricto y sucede que no existen disposiciones en nuestro ordenamiento jurídico que impongan este tipo de sanciones a los actos o acuerdos emanados de órganos incompetentes.

Para determinar cuáles son los efectos de estos actos, creemos que es necesario seguir los siguientes criterios:

A) En lo que respecta a las sociedades civiles, para determinar los efectos que producen los actos de sus órganos incompetentes o los de sus representantes o mandatarios que hayan excedido los límites de sus facultades, creemos oportuno aplicar las disposiones contenidas en el contrato de mandato. En este sentido, el principio general que deriva del artículo 2.160 del Código Civil, es que la persona jurídica resulta obligada por los actos de sus órganos competentes o los que a su nombre han celebrado sus representantes o mandatarios dentro de los límites del mandato. En consecuencia, sólo las obligaciones que emanan de los actos celebrados en dichas condiciones les son oponibles.

En consecuencia, las obligaciones contraídas por órganos incompetentes o por representantes o mandatarios que han excedido la esfera de sus atribuciones, no empecen o afectan a la sociedad. En tal evento, el órgano incompetente (digamos las personas que portan la calidad de órgano) o el respectivo mandatario o representante serán directamente responsables frente a terceros en los casos previstos en el artículo 2.154 del Código Civil, esto es, cuando no le han dado al tercero con quien hubieren contratado suficiente conocimiento de sus poderes o facultades o cuando se han obligado personalmente. En los demás casos ni éstos, ni la persona jurídica resultarán obligadas.

B) En lo relativo a las sociedades comerciales, estimamos que debe aplicarse un principio similar: sólo quedan obligadas frente a terceros por los actos celebrados por sus órganos competentes o por sus representantes o mandatarios que actúen dentro de la órbita de sus atribuciones. No obstante, debe hacerse presente que el incumplimiento por parte del representante de las instrucciones que se le hubieren

dado para el cumplimiento de un encargo comprendido dentro de la esfera de sus atribuciones, no implica de manera alguna que la sociedad pueda desconocer lo obrado por dicho mandatario. El artículo 327 del Código de Comercio dice: "La violación de las instrucciones, la apropiación del resultado de una negociación, o el abuso de confianza por parte de los factores o dependientes, no exoneran a sus comitentes de la obligación de llevar a efecto los contratos que aquellos hagan a nombre de éstos".

Conviene recordar -para determinar la esfera de atribuciones de los mandatarios de las sociedades mercantiles- que el artículo 340 del Código de Comercio establece que "los factores se entienden autorizados para todos los actos que abrace la administración del establecimiento que se les confiare, y podrán usar de todas las facultades necesarias al buen desempeño de su encargo, a menos que el comitente se las restrinja expresamente en el poder que les diere".

SECCIÓN CUARTA
RÉGIMEN DE QUÓRUM Y MAYORÍAS EN LOS ÓRGANOS COLEGIADOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS[401]

246. EL PRINCIPIO DE LA MAYORÍA Y SUS DIFERENTES TIPOS

Hemos dicho precedentemente que el principio de la mayoría consiste básicamente en sostener que la voluntad de la persona jurídica es la voluntad de la mayoría de los miembros o personas naturales o jurídicas que porten la calidad de órgano, calculada en la forma establecida por los estatutos o la ley. No se trata, en consecuencia, de un principio absoluto que contenga una sola fórmula. Admite, por el contrario, varias alternativas que resultan de la combinación de dos factores: por una parte del tipo de mayoría exigida y por otra parte, el universo que se utilice para determinar esa mayoría.

Las mayorías pueden ser de tres tipos, a saber: simple o relativa, absoluta y especial. La mayoría simple es aquella que no exige una determinada proporción del universo utilizado sino que sólo representa la mayor parte del mismo, cualquiera sea ésta. La mayoría absoluta es aquella que exige que la proporción que representa del universo sea por lo menos más de la mitad del mismo. Finalmente, las mayorías especiales son aquellas que exigen una proporción cualquiera del universo superior al representado por la absoluta.

El universo sobre el cual debe calcularse la mayoría puede referirse a los miembros de la persona jurídica que tengan voto deliberativo, a su capital pagado o a una mezcla de ambos. En cualquiera de estos casos, el universo puede estar

---

401 Para la elaboración de esta sección nos hemos basado en el interesante artículo de Eduardo Polo publicado en la Revista de Derecho Mercantil, año 1973, números 128 y 129 titulado Reflexiones sobre el Régimen de Quórum y Mayorías en los Órganos Colegiados de las Sociedades Anónimas.

representado por la totalidad del mismo o solamente por aquel que se encuentra presente o representado en la reunión.

Finalmente, el número de socios que debe intervenir para que los órganos colegiados de la persona jurídica queden constituidos regularmente se llama quórum. Se debe advertir que, en nuestra opinión, no es preciso que los miembros del órgano colegiado, llámese junta o directorio, permanezcan durante toda la sesión. Su presencia e intervención se constata en el momento de la apertura de la sesión, y la mayoría se calcula con referencia a los presentes en dicho momento, y no según los votantes[402].

247. EL RÉGIMEN DE QUÓRUM Y MAYORÍAS EN LAS JUNTAS DE ACCIONISTAS DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Según lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 18.046 las Juntas de Accionistas se constituyen en primera citación, salvo que la ley o los estatutos establezcan mayorías superiores, con la mayoría absoluta de las acciones emitidas con derecho a voto y, en segunda citación, con las que se encuentren presentes o representadas, cualquiera que sea su número.

La misma disposición añade que los acuerdos se adoptarán por la mayoría absoluta de las acciones presentes o representadas con derecho a voto.

De esta forma, en primera citación, el quórum para Juntas de Accionistas corresponde al de la mayoría absoluta de las acciones emitidas con derecho a voto. El universo está compuesto, entonces, por la totalidad de las acciones emitidas con derecho a voto, incluyendo las acciones suscritas y no pagadas, pues el inciso tercero del artículo 16 de la ley 18.046 dispone que las acciones cuyo valor no se encuentre totalmente pagado gozarán de iguales derechos que las íntegramente pagadas, salvo en lo relativo a la participación que les corresponda en los beneficios sociales y en las devoluciones de capital, casos en los que concurrirán en proporción a la parte pagada. Se faculta, sin embargo, para que se estipule una norma diferente. Finalmente, el inciso 3 del artículo 21 de la ley dispone que las acciones sin derecho a voto o las con derecho a voto limitado, en aquellas materias que carezcan igualmente de derecho a voto, no se computarán para el cálculo de los quórum de sesión en las juntas de accionistas.

Por otra parte, la mayoría exigida por la ley para adoptar acuerdos corresponde a la mayoría absoluta de las acciones presentes o representadas con derecho a voto. Se aplica, de esta forma, una norma similar a la descrita para los efectos de los quórum. El universo está compuesto por la totalidad de las acciones emitidas con derecho a voto, incluyéndose las acciones suscritas y no pagadas, todo ello en virtud de los mismos preceptos sobredichos.

Sin embargo, cuando los acuerdos de la Junta Extraordinaria impliquen una reforma de estatutos, según lo dispuesto por el artículo 67 de la ley 18.046, éstos deben ser adoptados por la mayoría absoluta de las acciones emitidas con derecho

---

402 Ferrara, Francisco, obra citada (Sociedades y Empresarios), pág. 362.

a voto, con lo que se aumenta el universo sobre el que debe calcularse esta mayoría, pues no queda solamente reducido a las acciones "presentes" con derecho a voto sino que, también, a las ausentes. A ese mismo universo queda circunscrita la mayoría especial exigida para adoptar los acuerdos referentes a las materias enumeradas en la sobredicha disposición.

248. EL RÉGIMEN DE QUÓRUM Y MAYORÍAS EN EL DIRECTORIO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

El artículo 47 de la ley 18.046 establece que las reuniones del directorio se constituirán con la mayoría absoluta del número de directores titulares establecidos en los estatutos y los acuerdos se adoptarán por la mayoría absoluta de los directores asistentes con derecho a voto. En caso de empate, y salvo que los estatutos dispongan otra cosa, decide el voto del que presida la reunión. Se faculta para establecer quórum superiores a los señalados.

De esta manera, el universo sobre el cual se determina el quórum de asistencia corresponde a la totalidad de los directores titulares establecidos en los estatutos. Y el universo sobre el cual se calcula la mayoría exigida para adoptar acuerdos corresponde a la totalidad de los directores asistentes con derecho a voto.

Sin embargo, se debe advertir que no queda claro qué es lo que ocurre cuando el número de directores es impar, problema que se describirá y se intentará resolver más adelante.

249. RÉGIMEN DE MAYORÍAS EN LA SOCIEDAD COLECTIVA CIVIL Y MERCANTIL

Si no se ha designado en el contrato social la persona del administrador, la administración de la sociedad colectiva mercantil corresponde de derecho a todos y a cada uno de los socios, pudiendo éstos desempeñarla por sí mismos o por sus delegados, sean socios o extraños, entendiéndose por ley que los socios se han conferido recíprocamente la facultad de administrar y obligar a la sociedad y de obligarse solidariamente (artículos 385 y 386 del Código de Comercio).

Sin embargo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 388 del Código de Comercio, cada uno de los socios tiene derecho de oponerse a la consumación de los actos o contratos proyectados por otro, a no ser que se refieran a la mera conservación de las cosas comunes.

La oposición, según el artículo 389, suspende provisoriamente la ejecución del acto o contrato proyectado, hasta que la mayoría numérica de los socios califique su conveniencia o inconveniencia.

La mayoría numérica de los socios. Esa es la norma para las sociedades mercantiles. Supone, en consecuencia, un universo representado por todos los socios, sin importar el porcentaje de participación social de los mismos en la sociedad, pues la norma se refiere a la mayoría "numérica" de ellos y no a la mayoría de los derechos o del capital social. Supone, asimismo, que esa mayoría corresponde a la "absoluta", pues la mayoría numérica está constituida, por lo

menos, por más de la mitad de los socios dado que la norma del artículo 389 discurre sobre la base de una votación entre dos alternativas, a saber, la conveniencia o inconveniencia de un negocio, acto o contrato.

Por otra parte, si la administración estuviere delegada por los socios a tres o más administradores, según lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 399 del Código de Comercio, éstos deberán obrar de acuerdo con el voto de la mayoría. En tal evento, el universo está representado por la totalidad de los administradores; y como la norma no establece una mayoría específica ni supone necesariamente -como lo hace el artículo 389- una votación entre dos alternativas, debemos concluir que sólo exige mayoría simple o relativa.

Iguales principios se aplican para el caso de la sociedad colectiva civil según lo disponen los artículos 2.054 y 2.081 del Código Civil.

250. RÉGIMEN DE MAYORÍAS EN LAS COMANDITAS

Si son dos o más los gestores de una sociedad en comandita simple o por acciones, éstos actúan y deciden según lo dicho para las sociedades colectivas, pues el artículo 474 del Código de Comercio hace aplicable a las sociedades en comanditas simples y el artículo 491 a las en comanditas por acciones, lo dispuesto por el referido cuerpo legal respecto a la administración de las sociedades colectivas. Esto significa que cada uno de los gestores puede representar a la sociedad en comandita, entendiéndose que han recibido de los otros la facultad de administrar y obligar a la sociedad y de comprometer la responsabilidad solidaria de todos; pero habiendo oposición de uno de los gestores a un acto o contrato proyectado por otro, decide la mayoría númerica de los socios gestores, aplicándose lo dicho precedentemente para las sociedades colectivas mercantiles, con la sola advertencia que el universo que sirve de base para el cálculo de la mayoría está conformado sólo por los socios gestores y no así por los comanditarios, pues éstos no pueden administrar la sociedad y, por ende, carecen del derecho de voto.

La asamblea de comanditarios en las comanditas por acciones se rigen por un principio diferente. En efecto, el inciso 2 del artículo 496 del Código de Comercio señala que "las deliberaciones de la asamblea serán adoptadas a mayoría de sufragios de los accionistas presentes y representados; y esta mayoría será compuesta de la cuarta parte de los accionistas, que represente la cuarta parte del capital social". Significa esto, en nuestra opinión, que las decisiones se adoptan por la mayoría de los accionistas presentes, siempre que ella represente, a lo menos, por un lado, la cuarta parte de los accionistas y, por otra, la cuarta parte del capital social. El universo sobre el cual se calcula la mayoría esta representado por la totalidad de los accionistas o socios comanditarios presentes o representados con derecho a voto. Decimos esto porque el último inciso del artículo en comentario priva de voto deliberativo a ciertos accionistas que se encuentran en la situación prevista en la norma. Creemos, finalmente, que la mayoría exigida solamente es simple o relativa, pues la norma no exige expre-

samente la mayoría absoluta y no supone, como lo hacen otras normas, que se trata de una elección entre solamente dos alternativas.

251. RÉGIMEN DE QUÓRUM Y MAYORÍAS EN LAS ASAMBLEAS DE SOCIOS DE LAS CORPORACIONES

El artículo 530 de Código Civil prescribe que "la mayoría de los miembros de una corporación, que tengan según sus estatutos voto deliberativo, será considerada como una sala o reunión legal de la corporación entera. La voluntad de la mayoría de la sala es la voluntad de la corporación. Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las modificaciones que los estatutos de la corporación prescribieren a este respecto".

Sin embargo, esta norma ha sido complementada por el artículo 18 del Reglamento Sobre Concesión de Personalidad Jurídica que dice: "Las Asambleas Generales se constituirán, en primera convocatoria, con la mayoría absoluta de los socios de la corporación, y en segunda con los que asistan, adoptándose sus acuerdos con la mayoría absoluta de los que asistan. Sólo por los dos tercios de los asistentes podrá acordarse la disolución de la corporación o la modificación de sus estatutos".

El universo sobre el cual se calcula el quórum de asistencia está constituido por la totalidad de los socios de la corporación que tengan voto deliberativo, conclusión a la que se llega relacionando las dos disposiciones. El universo sobre el cual se calculan las mayorías para adoptar acuerdos está constituido por la totalidad de los socios presentes o respresentados en la asamblea, que tengan voto deliberativo.

252. RÉGIMEN DE QUÓRUM Y MAYORÍAS EN EL DIRECTORIO DE LAS CORPORACIONES

El artículo 17 del Reglamento dispone que el Directorio sesionará con la mayoría absoluta de sus miembros y sus acuerdos se adoptarán por la mayoría absoluta de los asistentes, decidiendo en caso de empate el voto del que presida la reunión.

Queda de esta forma claramente determinado el universo sobre el cual se calcula el quórum y la mayoría para adoptar acuerdos y el tipo de mayoría exigida por el reglamento.

Lo que no se encuentra claro es qué ocurre cuando el número de directores es impar, problema que se describirá y se intentará resolver más adelante.

253. RÉGIMEN DE QUÓRUM Y MAYORÍAS EN LAS JUNTAS DE LAS COMUNIDADES Y ASOCIACIONES DE CANALISTAS

De acuerdo a lo establecido en el artículo 219 del Código de Aguas, "en las juntas generales habrá sala con la mayoría absoluta de los comuneros con derecho a voto. Si en la primera reunión no hubiere sala, regirá la citación para el día

siguiente hábil a la misma hora y en el mismo lugar y en este caso la habrá con los que asistan. Con todo, podrá citarse para un mismo día en primera y segunda citación, siempre que entre una y otra haya a lo menos 30 minutos de diferencia, caso en el cual regirá la norma sobre sala contenida en el inciso anterior. Para que opere lo dispuesto en los dos incisos precedentes, deberá dejarse expresa constancia, en la convocatoria, del día y hora para la cual se cita a una nueva reunión".

En primera citación, el quórum de asistencia se alcanza con la mayoría absoluta de los comuneros con derecho a voto. Se debe advertir que el universo está constituido, en este caso, por "los comuneros" y no así por las "acciones con derecho a voto". La diferencia entre ambas alternativas es evidente. Los comuneros pueden ser 10 personas y las acciones con derecho a voto pueden ser 10.000; uno poseer 9.991 y el resto 9 acciones. Es efectivo que cada comunero, de acuerdo al artículo 222 del Código de Aguas, tiene derecho a un voto por cada acción del Canal que posea, pero si la ley hubiere querido que el universo estuviere formado por las acciones con derecho a voto lo habría dicho expresamente y, por cierto, no habría utilizado la expresión "comuneros", que utiliza textualmente cuando define el universo sobre el cual se calcula el quórum de asistencia.

Asimismo, los acuerdos se adoptan por la mayoría absoluta de los votos emitidos en la Junta, salvo que el Código de Aguas o los Estatutos establezcan otra mayoría (art. 224 Código de Aguas). A este respecto, es necesario hacer dos consideraciones. La primera es que el universo está formado por todos los votos, incluyéndose las fracciones de voto, pues el artículo 222 del Código de Aguas establece que las fracciones de voto se sumarán hasta formar votos enteros, despreciándose las que no alcanzaren a completarlos, salvo en caso de empate, en que se computarán para decidirlo. Por lo tanto, si las fracciones de voto no siempre son despreciadas, es obvio que, por lo menos para conformar el universo, deben incluirse. La segunda es que el universo sobre el cual debe calcularse la mayoría está constituido, en este caso especial, por "todos los votos o fracciones de voto emitidos en la junta, con lo que se excluyen las abstenciones para computar la mayoría absoluta exigida por la ley, precisamente por no tratarse de votos emitidos. Es éste uno de los únicos casos en que la ley resuelve expresamente la cuestión de la abstencion, excluyéndolas del universo utilizado para computar la mayoría exigida por ella y, por ende, no otorgándole ningún significado y efecto a la misma.

254. RÉGIMEN DE QUÓRUM Y MAYORÍAS EN LOS DIRECTORIOS DE LAS COMUNIDADES Y ASOCIACIONES DE CANALISTAS

De acuerdo a lo establecido en el inciso 2 del artículo 235 del Código de Aguas, el Directorio se compondrá por no menos de tres miembros, ni más de once y celebrará sesión con un quórum que represente la mayoría absoluta de éstos. De esta forma, el quórum de asistencia se determina sobre la base de un

universo representado por la totalidad de los directores de la Comunidad o Asociación. Si el número de directores fuere impar, se plantea el problema que se describe en el número subsiguiente, debiendo resolverse la cuestión de acuerdo a los criterios que en él se indican.

Asimismo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 238 del Código de Aguas, "las resoluciones del directorio se tomarán por la mayoría absoluta de directores asistentes, salvo que la ley o los estatutos dispongan otra mayoría para determinadas materias. Si se produjere empate, prevalecerá la opinión del que preside. En caso de dispersión de votos, la votación deberá limitarse en definitiva a las opiniones que cuenten con las dos más altas mayorías y si, como consecuencia de ello, se produjere empate, resolverá la persona que presida. Existen dos aspectos que se deben considerar. El primero es que el Código exige siempre la mayoría absoluta de los asistentes para la adopción de acuerdos, planteándose de nuevo el problema cuando el número de los asistentes sea impar. El segundo es que el Código exige siempre que los acuerdos se adopten por mayoría absoluta de sufragios, resolviendo expresamente la situación que se presenta cuando se deben votar más de dos alternativas.

255. RÉGIMEN DE QUÓRUM Y MAYORÍAS EN LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS

La Ley General de Cooperativas, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por Decreto Supremo N° 502 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, no establece expresamente el régimen de quórum y mayorías a que se deben someter la Junta General de Socios, el Consejo de Administración y la Junta de Vigilancia. De esta suerte, queda entregado al estatuto la tarea de fijar dicho régimen, y si en él nada se dice, quedará absolutamente abierto el sistema, resolviéndose las cuestiones en base a simple mayoría, calculada sobre la base de un universo formado por todos los socios de la entidad, en el caso de las Juntas de Socios, dado que el artículo 41 de la citada ley establece que cada socio tendrá derecho a un voto, tanto en lo que se refiere a la elección de personas, cuanto en lo relativo a las proposiciones que se formulen; y sobre la base de un universo formado por todos los miembros del Consejo en el caso del Consejo de Administración.

256. EL PROBLEMA DE LOS QUÓRUM Y MAYORÍAS EN LOS DIRECTORIOS DE NÚMERO IMPAR

Como se apuntaba, normalmente la ley exige para las sesiones de Directorio de las personas jurídicas un quórum de asistencia no inferior a la mayoría absoluta de los directores y, para adoptar acuerdos, a la mayoría absoluta de los asistentes a la reunión. Así ocurre en las sociedades anónimas, en las corporaciones, en las asociaciones de canalistas, en las cooperativas, etc.

Cuando, por ejemplo, el Directorio de que se trate esté compuesto de 10 personas, el quórum de constitución será la mayoría absoluta de los mismos, esto

es, la mitad más uno, a saber, 6 personas. De la misma manera, si asisten a la sesión los 10 directores, la mayoría absoluta para adoptar acuerdos será igualmente de 6 personas, que es el número inmediatamente superior a la mitad. Si, en cambio, el Directorio está compuesto por un número impar de miembros (por ejemplo, 9), cosa que resulta frecuente, para evitar en la medida de lo posible que se produzca un empate en las votaciones, el quórum de constitución será la mayoría absoluta de los directores, a saber, la mitad (4 1/2) más uno, esto es, 5 1/2, situación que resulta imposible, pues la persona no puede dividirse. Igual cosa ocurre para los efectos de determinar la mayoría para adoptar acuerdos.

Planteada así la cuestión, el problema consiste en determinar si el quórum de constitución y la mayoría para adoptar acuerdos exigidos por la ley es, en el ejemplo dado, de 5 o de 6. De 5 porque es la cifra inmediatamente superior a la mitad que es 4 1/2. De 6 porque no correspondiendo el número de 5 no a la mitad más uno de los miembros del Directorio de la entidad, procede aproximar la cifra al número inmediatamente superior.

La duda surge porque no se encuentra definido claramente por la ley qué es lo que debe entenderse por "mayoría absoluta". Si por este último concepto entendemos, como lo hacemos nosotros, "cualquier cifra superior a la mitad", la cuestión quedaría resuelta de plano, pues el número de 5 es superior a 4 1/2 que es la mitad del número de directores. Pero si se entiende por mayoría absoluta lo que en el lenguaje corriente se entiende por ella, esto es, "la mitad más uno", caemos necesariamente en la discusión del párrafo precedente, pues la exigencia de la ley redundaría en una cifra decimal inaplicable a las personas físicas y que debería ser redondeada, bien por defecto (5), bien por exceso (6).

En el evento que se opte por esta última interpretación del concepto de mayoría absoluta, parece interesante recordar aquí que la jurisprudencia unánime del Tribunal Supremo español sobre el particular[403], posición que ha sido no obstante discutida por una parte de la doctrina[404], ha sido la de redondear por defecto la cifra mínima exigida por la ley tanto porque la intención del legislador es exigir solamente que el número de directores presentes sea superior al de ausentes, cuanto porque, de lo contrario, una minoría negligente o maliciosa podría impedir la válida constitución del directorio.

257. El cómputo de las abstenciones. Una votación supone, por lo menos, tres alternativas a elegir

Nosotros consideramos que el significado jurídico de la abstención no puede equipararse ni a la ausencia ni a la disidencia, sino que constituye una categoría especial dentro de esta última, pues aquel que se abstiene disiente manifestando su concreta oposición no sólo respecto de una propuesta sino, también, de la contraria, con lo cual disiente, en realidad, de la propuesta misma.

---

403 Véase el artículo de Eduardo Polo antes citado, pág. 265.
404 Ibid.

El significado práctico de lo anterior se reduce a considerar que su postura no puede sumarse ni a los votos negativos ni a los votos a favor del acuerdo, con lo que se plantea de lleno un problema relacionado con el cómputo de las abstenciones. En efecto, si ésta supone una disidencia respecto de todos los demás votantes, su cómputo conjunto con el resto de los votos disidentes llevaría en la práctica a que su posición adquiera el mismo significado que éstos. Como ello no puede ocurrir sin que se cambie sustancialmente la significación jurídica de la abstención, resulta evidente que el cómputo de las abstenciones no puede hacerse sumándolas a ninguna de los demás posibles sentidos en que se hayan manifestado los votos, esto es, ni a la propuesta que resulte ganadora ni a la propuesta que resulte perdedora, así como tampoco resulta admisible no sumar las abstenciones a ninguno de los grupos de votantes, pues con ello se equipararía la disidencia a la ausencia, lo que no resulta correcto.

Lo dicho precedentemente en palabras parece mucho más claro si se expresa en números. Supongamos una votación del siguiente tenor: 40% a favor, 30% en contra, 30% de abstenciones. Ganaría obviamente el grupo que juntó el 40% a pesar de lo cual no podría adoptarse el acuerdo, pues éste se produce, por regla general, cuando se obtiene la mayoría absoluta de los miembros con voto deliberativo o de las acciones con derecho a voto, según sea el caso. No obstante, si sumáramos al 30% que votó en contra el 30% de abstenidos, resultaría ganadora la postura que se expresó negativamente, pero en contra de la cual también se expresaron los abstenidos, lo que resultaría meridianamente absurdo. Igual cosa sucedería si sumáramos los abstenidos a la postura que resultó ganadora. Finalmente, resultaría peor que consideremos a los abstenidos como ausentes, pues aparecería como ganadora, con una mayoría muy superior a la absoluta, una postura que, en el fondo, es minoritaria dentro de la asamblea.

Por todas las razones anteriores, parece obvio concluir que el cómputo de la abstención debe realizarse necesariamente en forma separada e independiente, como una tercera postura. En el ejemplo dado, no podría adoptarse acuerdo alguno, pues ninguna postura habría alcanzado la mayoría requerida por la ley.

Esto significa que una votación entre dos alternativas antagónicas incluye siempre una tercera posibilidad representada por la de abstenerse de adoptar acuerdo alguno, esto es, la de no hacer nada. El hecho que este resultado tenga las mismas consecuencias prácticas que el acuerdo en virtud del cual se rechaza una determinada propuesta no puede hacer cambiar de manera alguna la conclusión a que se ha llegado más arriba. La abstención representa en el fondo un rechazo a la forma como ha sido planteada la elección y este derecho debe siempre respetarse.

258. CÓMPUTO DE LOS VOTOS NULOS

Consideramos que los votos nulos importan la expresión de un contenido de voluntad desconocido por haber sido expresado en forma defectuosa. Lo que ocurre con el voto nulo es que no se puede determinar correctamente cuál fue la decisión contenida en él. Y por esto cabe no considerarlo, esto es, privarlo de sus

efectos. Se diferencia del abstenido en que éste expresa su voluntad de no votar. En cambio, el voto nulo manifiesta claramente su voluntad de hacerlo, aunque posteriormente se anule su declaración.

De ello se sigue que, llegado el momento del recuento, los votos nulos e invalidos no deben ser considerados para ningún efecto, aunque el que emitió el voto haya contribuido a la formación del quórum de asistencia, de manera que deben ser sacados del universo sobre el cual debe calcularse la mayoría exigida por la ley. En eso precisamente consisten los efectos jurídicos de la nulidad. Si por el contrario, se optare por la alternativa de considerarlos para los efectos de conformar ese universo, estaríamos otorgándole efecto a un acto nulo, lo que contradice precisamente el concepto mismo de nulidad.

259. CÓMPUTO DE LOS VOTOS EN BLANCO

El voto en blanco está constituido por una declaración de voluntad que carece de contenido concreto, esto es, que ha sido emitida a conciencia en blanco, para (o exponiéndose a) que sea completada posteriormente. Se diferencia claramente de la abstención en que el voto en blanco significa a todas luces una simple adhesión, en circunstancias que, como se ha dicho, la abstención supone necesariamente una oposición.

Es por ello que el voto en blanco debe sumarse siempre a la mayoría, pues importa una clara intención de contribuir a la formación de la voluntad del ente. Si por el contrario no lo consideráramos para ningún efecto, así como propugnamos que se haga con los nulos, estaríamos con ello dificultando la adopción de una determinada postura, pues impediríamos que se obtuviera la mayoría necesaria para adoptar acuerdos, dado que nuestro orden jurídico ha optado, por regla general, por establecer un universo -para los efectos del cómputo de la mayoría- formado por la totalidad de los miembros con voto deliberativo o de las acciones con derecho a voto, según sea el caso.

CAPÍTULO IX

PATRIMONIO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

SECCIÓN PRIMERA
CONCEPTOS GENERALES

260. PATRIMONIOS CON CAPITAL FIJO Y PATRIMONIOS SIN CAPITAL

Desde el punto de vista jurídico, el patrimonio es un concepto por el cual un conjunto de bienes presentes y futuros se encuentra adscrito al pago de un conjunto de obligaciones presentes y futuras, por lo que, en ciertos casos, es considerado por el orden legal como una universalidad jurídica, esto es, como una cosa que posee una existencia individual, distinta a la de los elementos que la conforman. El concepto de patrimonio nace producto del derecho de prenda general de los acreedores establecido en el artículo 2.314 del Código Civil. Nace desde el momento en que el orden jurídico le reconoce a todo acreedor el derecho a perseguir el pago de las deudas en todos los bienes presentes y futuros del deudor exceptuando solamente los no embargables.

Entendido así, el patrimonio de las personas jurídicas debería operar de la misma manera como lo hace el de las personas naturales, vale decir, en base a bienes que ingresan al patrimonio y otros que salen, pasando los primeros a subrogar a los segundos en aquella función de servir de garantía para el pago de las obligaciones, y sin que existan limitaciones para la enajenación de bienes, salvo las establecidas por la buena fe y las impuestas por la propia persona.

Sin embargo, existe cierto tipo de personas jurídicas que por esencia no buscan el enriquecimiento de su patrimonio sino únicamente el de sus socios. Estas son las personas jurídicas con fines de lucro, las sociedades industriales y comerciales, que son precisamente creadas por sus socios para repartirse las utilidades que la sociedad produzca. Esto se obtiene a través de lo que se denomina "reparto de utilidades" , que significa que todos los ingresos obtenidos

por la sociedad se distribuyen entre los socios con la periodicidad que ellos mismos establezcan o acuerden.

Por este motivo, la ley ha debido exigir para cada tipo de persona jurídica con fines de lucro que establezca en el estatuto una cantidad que no puede ser objeto de reparto entre los socios. Esto no quiere decir que se garantice que necesariamente dicha cantidad vaya a existir en el patrimonio social, sino que dicha cantidad no va a salir del patrimonio social producto de un retiro por parte de los socios. Ella puede salir del patrimonio de la persona jurídica producto, por ejemplo, de un mal negocio, en cuyo caso se dice que la compañía sufrió una "pérdida", que en el fondo constituye una disminución de patrimonio y eventualmente de capital social. Esto hace que el patrimonio de las personas jurídicas con fines de lucro se estructure en base a tres conceptos denominados respectivamente CAPITAL, UTILIDADES y PÉRDIDAS, que no son otra cosa que cifras numéricas representativas de una cantidad determinada de dinero y que se diferencian entre sí porque cumplen diferentes funciones dentro de la estructura patrimonial de la sociedad. El primero, esto es, el capital, no puede ser repartido entre los socios sino una vez disuelta la sociedad o disminuido por reforma de estatutos su capital. El segundo, esto es, las utilidades, están necesariamente destinadas a ser repartidas entre los socios, a menos que se acuerde lo contrario por reforma de estatutos destinada a aumentar el capital social de la entidad. El tercero, esto es, las pérdidas, reducen el patrimonio de la sociedad haciendo que desaparezca temporalmente el respaldo en dinero o en bienes de las cuentas de utilidades y, eventualmente, de capital.

Estos conceptos se transforman así en los elementos que estructuran el patrimonio de las personas jurídicas. Todo lo que se puede considerar como capital se encuentra en el patrimonio de manera permanente; en cambio, todo lo que no es capital se encuentra en poder de la sociedad de manera transitoria, pues está destinado a ser distribuido. El concepto de pérdidas determina lo que eventualmente constituye utilidad.

El capital social está destinado estatutariamente por los socios a la consecución del giro social y todo lo que no sea capital está destinado estatutariamente por los socios a ser distribuido. Este es el principio básico que se debe considerar para entender el funcionamiento de un patrimonio con sistema de capital fijo. Hay en él dos opciones: capitalizar o repartir. Esta disyuntiva corresponde a la simple realidad de que en las personas jurídicas con fines de lucro hay únicamente capital y utilidades. Desde luego, la práctica ha hecho más flexible esta disyuntiva, mediante la creación del concepto de RESERVAS, vale decir, una cierta cantidad de dinero que no se reparte ni se capitaliza y que queda empozada en el patrimonio para algún fin determinado. No obstante, el establecimiento de fondos de reservas no hace otra cosa que suspender formalmente la capitalización o el reparto de utilidades, según sea el caso.

Cuando la persona jurídica no persigue fines de lucro, esto es, no reparte las utilidades entre sus socios o integrantes, la existencia de un capital fijo no se justifica como no lo hace tampoco en el caso de las personas naturales, pues, al igual como ocurre en el caso de estas últimas, no existe nada que se deba proteger,

pues sus miembros no tienen derecho a retirar las ganancias de la entidad sino, solamente, tienen derecho a exigir los servicios que, según los estatutos, la Corporación está obligada a prestar a sus socios o integrantes.

De esta manera, no existiendo reparto de ganancias, el patrimonio no se estructura jurídicamente en base a los conceptos descritos, a pesar de que pueden ser usados por toda persona natural o jurídica. Es por ello que, cuando se crea una Corporación, fundación, Asociación de Canalistas, etc., normalmente no es necesario establecer el capital de la entidad sino, solamente, dotarla de los bienes necesarios para el cumplimiento de su fin estatutario. Estas personas jurídicas no tienen capital, así como tampoco lo tienen las personas naturales. No lo necesitan, pues el concepto de capital nació precisamente con motivo de que en las personas con fines de lucro hay reparto de utilidades. En el caso de las personas naturales o de las jurídicas sin fines de lucro, el reparto no existe.

261. La organización jurídica del patrimonio de las personas jurídicas con fines de lucro. Capital, utilidades y pérdidas

De lo dicho anteriormente se desprende que el patrimonio de las personas jurídicas tiene una organización administrativa basada en los conceptos de capital, utilidades y pérdidas, a los que se ha unido por la práctica y en algunos casos por la ley el concepto de reserva. Todos ellos, sin embargo, como se ha dicho, constituyen cifras numéricas representativas de una cantidad determinada de dinero y que se diferencian entre sí porque cumplen diversas funciones dentro de la estructura del patrimonio, estando por este mismo motivo sometidas a distinto estatuto jurídico.

A estos cuatro conceptos es necesario agregar el de otras "cuentas" que pueden ser representativas de capital, de utilidades o de pérdidas y que son objeto de una denominación independiente precisamente por representar cantidades de dinero, esto es, cifras numéricas, sometidas a un estatuto jurídico o tratamiento legal especial como es el caso, por ejemplo, de ciertas utilidades retenidas que ya han tributado en comparación a otras utilidades también retenidas, pero que no han tributado; o de pérdidas que no lo son desde el punto de vista real, pero que sí lo son para fines estrictamente tributarios, esto es, que se consideran pérdidas para los fines de limitar la utilidad tributaria de una determinada sociedad.

262. Forma cómo opera la estructura patrimonial basada en estos conceptos

Lo primero que hay que tener presente es que el valor o la cantidad de dinero que representa cada concepto o cuenta no dice relación directa con ningún bien específico de la sociedad, ya sea dinero, títulos de crédito o bienes raíces o muebles[405]. Esto quiere decir que no existen cuentas que estén integradas por

---

405 Como dice Mesineo, op. cit., Tomo V, pág. 417, "El capital social es una *expresión de valor monetario*, a la que no corresponde necesariamente bienes reales; en cambio, de bienes reales (y

bienes sino bienes que en todo y en parte respaldan todas y cada una de las sobredichas cuentas del patrimonio de las personas jurídicas. Cualquiera de los bienes de esas personas puede destinarse a respaldar el valor de una determinada cuenta.

Ahora bien, las sobredichas cuentas del patrimonio de las personas jurídicas no se ven afectadas directamente por la pérdida o disminución de valor experimentada por un determinado bien social sino indirectamente a través del concepto de "pérdidas", que también son cifras numéricas, pero que representan la disminución de valor experimentada por el activo del patrimonio de que se trate en razón de la pérdida o disminución de valor sufrida por los bienes y derechos de la persona jurídica o los malos negocios realizados.

Es necesario tener presente a este respecto que también puede suceder que producto de un mal ejercicio, esto es, con motivo de las pérdidas sufridas por la sociedad, no existan en el patrimonio de la entidad bienes suficientes que respalden de hecho la cantidad de dinero representada por las cifras numéricas de las distintas cuentas sociales, lo que eventualmente puede hacer desaparecer el contenido real de la cuenta de que se trate, subsistiendo, sin embargo, la obligación de reconstituirla durante toda la vida societaria en la medida que los socios consientan en mantenerla. Esto sirve para entender el sentido y el funcionamiento de esta forma de organización patrimonial. En el futuro, cuando la sociedad mejore el estado de sus negocios mediante la percepción de nuevos ingresos, irá paulatinamente reconstituyendo con ellos el respaldo de las sobredichas cuentas y paralelamente con ello irán desapareciendo, esto es, absorbiéndose las pérdidas del ejercicio o de ejercicios anteriores, y sólo cuando éstas se encuentren respaldadas por dinero o bienes y hayan desaparecido consiguientemente las pérdidas sociales, los nuevos ingresos que reciba podrán ser repartidos en todo o en parte a título de distribución de utilidades.

De esta forma, en términos generales se puede decir que salvo el caso de que existan utilidades del ejercicio, en cuyo caso son consumidas por las pérdidas producidas, una pérdida que no ha podido ser cubierta con utilidades del ejercicio, tiende a permanecer como concepto en el patrimonio de la entidad, en el fondo con el própósito de dejar constancia de una disminución del contenido real de las otras cuentas representativas de dinero o bienes, verbigracia, capital, utilidades de ejercicios anteriores, reservas. Evidentemente, los socios de una persona jurídica pueden absorber una determinada pérdida social, haciendo desaparecer o disminuyendo el valor de una determinada cuenta de la sociedad, con lo cual se toma directa o indirectamente un acuerdo destinado a producir tal efecto. Si eventualmente no existieren otras cuentas de reservas sino solamente quedare la cuenta de capital, los socios también pueden hacerla desaparecer disminuyendo el capital mediante una reforma de estatutos.

---

también de créditos) se compone siempre el patrimonio. El capital social es una especie de símbolo.

263. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCEPTO DE CUENTA. LA CUENTA COMO OBJETO DE ACTOS JURÍDICOS

Es importante precisar la naturaleza jurídica del concepto de "cuenta" en relación a los bienes y derechos del patrimonio al que pertenece. Entre otras cosas, una cuenta constituye la expresión de un valor monetario que pretende dar cuenta, que busca certificar la existencia en el patrimonio social de bienes y derechos por igual monto. Como ninguno de los bienes y derechos de la persona jurídica respalda específicamente una cuenta determinada de su patrimonio sino que en general lo hacen todos ellos, quien resulte titular de una determinada cuenta pasa a ser titular, esto es, comunero, hasta por el monto de esa cuenta, de todos los bienes sociales. Entendido de esta forma, el concepto de cuenta se transforma en la expresión de derechos sobre los bienes de la sociedad. Las dos afirmaciones anteriores pueden parecer extrañas si se piensa que el titular de las distintas cuentas del patrimonio es precisamente el único titular del patrimonio de que se trata. Pero tales afirmaciones sólo pueden causar extrañeza a aquellos que no han considerado que las cuentas de un patrimonio pueden ser objeto de actos jurídicos. Y de hecho son objeto del acto jurídico denominado "división de sociedades", según se verá más adelante. Desde este punto de vista, una cuenta constituye la expresión de derechos de dominio sobre los bienes de la persona jurídica. Y la división y posterior asignación de dicha cuenta a una persona jurídica distinta, constituye una transferencia de derechos de dominio sobre los bienes de la sociedad.

Normalmente la comunidad se expresa entre nosotros aludiendo a un porcentaje de derechos (82%, por ejemplo), o una fracción (1/3); pero eso no significa que el grado de participación en la comunidad no se pueda expresar de otra forma, ni tampoco que la forma o procedimiento que se haya utilizado no pueda traducirse a las otras. Coloquemos un ejemplo para explicar mejor lo que pretendemos decir. Imaginemos que se divide una persona jurídica cuyas cuentas patrimoniales son las siguientes: Cuenta de Capital 80; Cuenta de Reserva para futuros aumentos de capital 20; Utilidades Retenidas, 20; Pérdidas del Ejercicio, 40. Si se le asigna a la persona jurídica que surge de la división la mitad de la cuenta de capital y la totalidad de las cuentas de reservas y utilidades retenidas y no se le asigna parte alguna de las pérdidas, querría decir que la nueva sociedad pasaría a ser dueña de todos los bienes de la sociedad. En efecto, a la nueva sociedad le correspondería un haber de 40 por concepto de capital y 20 por cada cuenta de reserva y utilidades. O sea, un haber de 80 lo que corresponde exactamente a la suma total de los bienes de la sociedad, que es 120 menos la pérdida de 40. Como esa cantidad resulta idéntica a la suma total de los bienes de la sociedad, significa que la antigua sociedad debe transferir todos sus bienes a la nueva para dar respaldo a las cuentas del patrimonio de esta última.

El concepto de "cuenta" es siempre representativo de bienes y derechos y nunca de obligaciones. El concepto de cuenta se ha establecido por la ley y por los socios para dotar a los bienes de la sociedad de una determinada organización en orden a si se reparten o no se reparten entre los socios y, si se quedan en la

sociedad, para qué fines y con qué propósitos lo hacen. Ese es el objetivo de la estructura patrimonial basada en el concepto de cuentas. Las obligaciones sociales no necesitan de una estructura semejante, pues las mismas cuestiones que se presentan con ocasión de los bienes sociales no lo hacen en relación con las obligaciones. Éstas simplemente hay que pagarlas o extinguirlas por algún otro medio.

Ahora bien, mirado desde el punto de vista societario y no desde el prisma de la relación que existe entre cuenta y los bienes que su valor representa, las distintas cuentas del patrimonio de las personas jurídicas significan también la forma como los socios o la ley quisieron que se estructurara el patrimonio de una entidad a una fecha determinada y si dichas cuentas han perdido su respaldo efectivo en bienes y derechos, expresan la voluntad de los socios o de la ley en orden a perseverar en dicha estructura cuando la sociedad vuelva a adquirir bienes y derechos suficientes para respaldar el valor expresado por cada cuenta.

264. RAZONES DEL ESTABLECIMIENTO DE ESTOS CONCEPTOS

Se debe advertir que todos estos conceptos o cuentas patrimoniales se han creado o se pueden llegar a establecer no por imperativo de normas contables sino por razones jurídicas. Todo lo que hemos dicho no tiene nada que ver con contabilidad. Lo que se ha descrito es el sistema JURÍDICO con el que funciona el patrimonio de las personas jurídicas y no un sistema de contabilidad. Se establecen los conceptos de capital, utilidades y pérdidas con el objeto de dar cumplimiento al contrato mismo de sociedad, a los acuerdos de los socios o a disposiciones legales y no cumplen o pretenden cumplir funciones propiamente contables, aunque la contabilidad los recoja para el cumplimiento de sus fines propios.

Las razones jurídicas que dan lugar al establecimiento de estas cuentas pueden ser muy variadas. Ya hemos visto las que determinan que se creen las cuentas de capital, utilidades, reservas y pérdidas. Hemos también dado un ejemplo de una cuenta de utilidades retenidas y otra de pérdidas creada por razones tributarias. Pero las mencionadas no son las únicas. Cada vez que surja una norma contractual, legal o administrativa que someta una determinada parte del patrimonio social a un estatuto particular, se creará inmediatamente una partida dentro del patrimonio de la entidad que precisamente dará cuenta de la especial condición jurídica de ella.

En esto consiste la organización jurídico-administrativa del patrimonio de las personas jurídicas con fines de lucro. No se debe caer en el error de considerar esta organización como algo no sustancial al patrimonio sino, muy por el contrario, esencial al mismo. Así es el patrimonio de las personas jurídicas. Tiene bienes, derechos, obligaciones y, muy especialmente, una determinada organización administrativa de la cual se desprenden importantes efectos jurídicos.

Entre otros fines, la estructura jurídico-administrativa del patrimonio de las personas jurídicas permite y da sentido práctico a ciertos actos jurídicos como los de división y fusión de sociedades.

265. FUNCIÓN QUE DESEMPEÑA EL CAPITAL SOCIAL

El capital fijo de la compañía cumple diversas funciones, todas las cuales serán analizadas a continuación:

6.1. En primer término, representa la cantidad que los socios se han obligado a mantener en la sociedad. No representa la cantidad que la sociedad necesita para desarrollar su giro sino, solamente, aquella que los socios no pueden retirar de la sociedad.

6.2. En segundo término, el capital fijo funciona también como un reductor de las utilidades y, por ende, de su reparto, si la compañía hubiere experimentado pérdidas en ejercicios anteriores. Si así hubiere sucedido significaría que se redujo el capital social en el mismo monto representativo de las pérdidas; incluso se podría haber reducido de tal manera que pasare a constituir una cifra negativa. Pues bien, las utilidades de ejercicios posteriores no son en tal evento utilidades, pues deben ir a cubrir las pérdidas de ejercicios anteriores.

6.3. Por ser, como se ha dicho, el capital social el elemento estructurador de todo el patrimonio social y, por ende, de la sociedad, en las personas jurídicas con fines de lucro, la proporción en que dicho capital ha sido aportado por cada uno de los socios determina, a su vez, el monto de los derechos de cada cual en el haber social y el peso de cada uno de ellos en la adopción de las resoluciones sociales. Este hecho constituye una función extremadamente relevante del capital social, pues los derechos de la sociedad están representados por una parte alícuota del mismo. El capital representa a la sociedad.

6.4. En muchos textos aparece que una de las funciones del capital es la de servir de garantía de los acreedores. Esta afirmación es incompleta. En efecto, no ha sido nunca la función del capital social la de servir de garantía de los acreedores, pues éste representa sólo una cifra numérica y de ninguna manera la garantía de que existe en el patrimonio social una cantidad correlativa de bienes. Será garantía en la medida que la cantidad de dinero exista efectivamente en el patrimonio de la entidad, pero en tal caso sirve como tal no por ser "capital social" sino por ser patrimonio. Ya se ha dicho con anterioridad que el capital fijo sólo garantiza que la cantidad de dinero que representa no será repartida como dividendo; pero puede salir del patrimonio social a cualquier otro título.

También se dice que el capital social fija el límite de la responsabilidad patrimonial de la sociedad y de los socios. Esta afirmación es inductiva a error, pues el capital fijará el límite de la responsabilidad en la medida que corresponda exactamente al patrimonio social, cosa que normalmente no ocurre. En realidad, lo correcto es decir que la sociedad responde con todo su patrimonio y que, salvo el caso de las sociedades colectivas o en comanditas, no se puede perseguir a los socios para el cumplimiento de obligaciones sociales, aun cuando el capital social sea superior al patrimonio efectivo de la entidad.

266. AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL

El aumento del capital de una persona jurídica, esto es, el aumento de la cifra o cantidad que los socios o integrantes se obligan a no retirar de la entidad, se puede verificar ya sea por la vía de nuevos aportes ya por la vía de la capitalización de utilidades, de reservas o de créditos que tengan los socios contra la sociedad. En todos estos casos, la naturaleza del acto jurídico que se ejecuta o celebra es distinta, aunque se obtenga mediante dichas alternativas el mismo fin[406].

1. Aumento por la vía de nuevos aportes

El aumento del capital por la vía de nuevos aportes es un acto jurídico plurilateral por el cual los socios de una persona jurídica incrementan su capital social obligándose a darle, esto es, a transferirle el dominio de una cosa o a constituir en su favor un usufructo sobre ella. Lo característico de esta forma de aumento de capital es que resulta esencial el nacimiento de una obligación de dar, la que pasa a constituirse en el objeto del acto jurídico que se ejecuta o celebra, quedando su causa constituida por el hecho de que cada uno de los socios aportantes pasa a adquirir una parte del haber de la compañía que resulta proporcional a lo que representa su aporte.

El acto jurídico no es gratuito porque tiene por objeto la utilidad de todas las partes. Pero siendo evidentemente oneroso en el fondo, no lo es estrictamente en los términos de la ley, porque si bien tiene por objeto la utilidad de todos los contratantes, cada uno de ellos no se grava en beneficio del otro sino en beneficio de un tercero que es lo que caracteriza a un contrato plurilateral. Puede ser considerado conmutativo, porque el monto de los derechos sociales que un socio adquiere con motivo de su aporte, es equivalente o proporcional al monto que los otros socios adquieren en relación con su aporte. Pero ello puede resultar sólo teórico si se ha pactado entre los socios una forma de distribución de utilidades no proporcionada a los aportes sino en base a otros criterios distintos, pacto que la ley autoriza[407].

El aumento del capital social por la vía de nuevos aportes puede verificarse, a su vez, por la vía de aportes en dinero o en bienes y, en ambos casos, el pago de dichos aportes puede efectuarse al contado o a plazo.

Si el aumento del capital se hace por la vía de aportes de bienes o servicios, resulta esencial la tasación de los mismos, pues, de lo contrario, no se podría determinar el monto de los derechos que el respectivo socio adquiere en el haber

406 Se debe advertir que es un principio de la legislación italiana en materia de sociedades anónimas (art. 2.438 Código Civil), principio que se ha extendido a otro tipo de sociedades (Ascarelli, op. cit., pág.187), que no se pueden emitir nuevas acciones mientras no se encuentren suscritas y pagadas todas las acciones de la sociedad.

407 Según Ascarelli, op. cit., pág. 298 en la suscripción de acciones o el aumento de capital por la vía de nuevos aportes, se concluye un contrato no entre el suscriptor y la sociedad sino entre el suscriptor y los otros socios.

de la sociedad, siendo precisamente estos derechos los que constituyen la causa del acto que se ejecuta o celebra.

2. *Características de los aportes a plazo*

Si el aporte no se paga al contado sino a plazo, surge la necesidad de desentrañar las características jurídicas de este bien que forma parte del activo de la persona jurídica.

Desde luego, se trata de un crédito que la sociedad tiene contra sus accionistas, esto es, de un derecho personal. Pero como la obligación correlativa consiste en enterar en arcas sociales una determinada cantidad de dinero o aportar un determinado bien, la obligación sólo puede cumplirse de esa manera, de forma que no puede ser objeto de cesión o transferencia alguna, pues la adquisición por parte de un tercero del referido crédito no le conllevaría el derecho a exigir para sí el pago de la suma que representa el aporte.

No es renunciable, esto es, no se puede condonar por parte de la sociedad, pues si así fuere se produciría por vía indirecta una disminución de capital social que, de acuerdo con la ley, sólo puede efectuarse por medio de una reforma de estatutos. Si se procediere a ella la condonación sería válida.

No obstante lo dicho precedentemente, el crédito es prescriptible porque aun ocurriendo tal evento no se produce una disminución del capital social sino solamente la pérdida de un bien social, esto es, una pérdida del ejercicio, que será necesario cubrir con utilidades del mismo o de ejercicios posteriores.

3. *Aumento por la vía de capitalización de utilidades*

Es un acto jurídico plurilateral por el cual los socios o accionistas de una persona jurídica incrementan su capital social haciendo que cierta cantidad de dinero que tienen derecho a retirar de la sociedad, se mantenga de manera permanente en el haber de la compañía a título de capital social. Esto significa que una cuenta patrimonial que por disposición de los estatutos, de la ley o de ambos estaba sometida a un régimen jurídico determinado pasa a quedar reglamentado, por voluntad de los socios, por otra normativa jurídica.

Lo característico de esta forma de aumento de capital es que existe una renuncia de los socios a un derecho para exigir el cumplimiento de una determinada obligación de dar, cual es el pago por parte de la compañía de una cantidad de dinero a título de distribución de utilidades. En esto radica el objeto del acto jurídico comentado, quedando su causa constituida por el hecho de que cada uno de los socios renunciantes pasa a adquirir una parte del haber de la compañía que resulta proporcional a lo que representa su renuncia. Desde luego, si todos los socios capitalizaran utilidades en igual proporción a los derechos que poseen en el haber social sólo conservarían su participación social no adquiriendo al efecto porcentaje adicional alguno en el haber de la compañía. Pero si un socio no efectuara esta renuncia retiraría de la sociedad una determinada cantidad de dinero, pero perdería un porcentaje de participación en el haber de la sociedad en

relación con los otros socios que hubieren efectuado la renuncia, los que verían incrementada su participación social en un monto que en total correspondería al porcentaje de participación social que perdió el socio que no efectuó la renuncia. Este porcentaje que conserva o que gana el socio que efectúa la renuncia constituye el beneficio que le reporta el acto, constituyendo, por ende, su causa. Dicho en otras palabras, el objeto del acto jurídico denominado "capitalización de utilidades" consiste en la renuncia que un socio hace del derecho a retirar una suma de dinero a título de distribución de utilidades y su causa está determinada ya por conservar ya por aumentar su porcentaje de participación social[408].

4. Aumento por la vía de capitalización de créditos

Es un acto jurídico por el cual uno o más socios que son acreedores de la sociedad, aumentan su capital social mediante el aporte en dominio que le hacen de uno o más créditos de que son titulares contra ella.

Lo que ocurre en el interior del patrimonio de la sociedad no debe inducir a engaño sobre cuál es la verdadera naturaleza del acto analizado. Es indudable o que se trata de un aporte en dominio puro y simple y no como se le denomina erróneamente "capitalización de créditos". Patrimonialmente hablando, la sociedad extinguió un pasivo por confusión, pero eso no le quita ni le pone absolutamente nada al hecho de que adquirió un bien consistente en un derecho personal o de crédito por un valor determinado. Igual situación se produciría si, por ejemplo, el aporte se hubiere pagado en dinero y la sociedad hubiere utilizado dicho dinero para extinguir otra cualquiera deuda suya que hubiere contraído para con terceros.

Hay algunos que interpretan que en este caso se ha producido una compensación entre el crédito que los socios tenían contra la sociedad y la deuda que adquirieron para con ella en virtud del acuerdo de aumento. Sin embargo, no creemos que sea ésta la forma adecuada de interpretar lo que ha ocurrido, pues, en realidad, los socios no se comprometieron a enterar una determinada cantidad de dinero a la sociedad, caso en el cual existiría una verdadera compensación. También se podría interpretar que la voluntad de los socios ha sido condonar o remitir a la sociedad una deuda, pero eso no es verdaderamente lo que ha ocurrido, pues el crédito se considera como tal precisamente para determinar sus respectivos derechos en el haber social. La voluntad de los socios ha sido transformar en capital una suma de dinero que tenían derecho a exigir que se les pagara por parte de la sociedad. Lo que realmente explica esta situación o relación jurídica es la existencia de un aporte.

De esta manera, se debe concluir que la verdadera naturaleza de esta

408 Es interesante la opinión de Ascarelli pues contribuye a completar la cuestión. Señala que en los casos de aumento por capitalización de utilidades o reservas, no pueden concurrir a él sino necesariamente sólo los socios, y éstos, a su vez -agrega- concurren al aumento todos necesariamente. Ascarelli, Tulio, Sociedades y Asociaciones Comerciales, op. cit., pág. 185.

operación o negocio jurídico es un aumento de capital por la vía de nuevos aportes, y nos remitimos a este respecto a lo dicho para este tipo de actos.

Un problema sustancialmente diferente es determinar si procede compensar con créditos que se tengan contra la sociedad la obligación de pagar la cantidad a que se obligaron para aumentar el capital social. Esta hipótesis no es igual a la anterior, pues no hubo un aumento por capitalización de créditos sino un aumento por la vía de aportes en dinero. Sobre la base de que se reúnan los requisitos generales para que proceda la compensación, no vemos inconveniente alguno para aceptar incluso la legal[409].

5. *Aumento por la vía de capitalización de reservas*

Es un acto jurídico por el cual los socios de una persona jurídica hacen que la cifra numérica representativa de una cierta cantidad de dinero que se encontraba en el patrimonio social sometida a un objeto específico, deje de estar destinada al cumplimiento del mismo y pase a incrementar la cifra numérica constituida por el capital social.

El acto engendra y extingue obligaciones. Engendra para los socios o accionistas la obligación de no retirar de la sociedad la cantidad de dinero representada por la cifra numérica constitutiva del aumento de capital. Pero extingue aquella que tenían de destinar la cantidad de dinero o de bienes representada por la cifra numérica constitutiva de la reserva al cumplimiento del fin para el que se había establecido[410-411].

267. DISMINUCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL

Es un acto jurídico por el cual los socios de una persona jurídica disminuyen la cifra númerica representativa de aquella determinada cantidad de dinero que se habían obligado a no retirar de la sociedad, reformando al efecto los estatutos de la entidad.

Debe hacerse presente que el acto no necesariamente debe importar un reparto de dinero o bienes para los socios o accionistas. Puede suceder incluso que la sociedad no tenga, al momento de la disminución, patrimonio alguno que repartir entre sus socios, pues ella se hace con el objeto de hacer desaparecer una pérdida o que la disminución resulte de la división de la entidad, de manera que debe quedar muy en claro que el retiro propiamente tal no es de la esencia del acto[412].

409 Artículo 1.656 del Código Civil.

410 Véase cita (408) anterior.

411 El artículo 2.442 del C.C. Italiano autoriza a la asamblea para aumentar el capital, imputando a capital la parte disponible de las reservas y de los fondos especiales suscritos en el balance.

412 La doctrina señala que la reducción vía reembolsos se produce cuando la sociedad sufrió pérdidas y se hace o "se acude en este caso a la reducción para que sea posible una distribución

Como podrá observarse, el acto en sí mismo no es un contrato porque no engendra obligación alguna ni para los socios ni para la sociedad. Se trata de una convención porque está destinada a extinguir obligaciones: aquella que tenían los socios de no retirar de la sociedad el todo o parte de la cantidad de dinero representada por la cifra numérica primitivamente expresada como capital en los estatutos de la compañía.

268. EFECTOS DE LA DISMINUCIÓN FRENTE A TERCEROS

Hay que distinguir respecto de qué terceros se trata y si hubo o no retiro por parte de los socios. Si estamos en presencia de terceros que hubieren contratado con la sociedad antes de la disminución y alguno o todos los socios efectuaron retiros, el acto de retiro, esto es la transferencia de bienes de la sociedad a sus respectivos patrimonios les resultará a los terceros inoponible, pudiendo perseguir éstos el pago de sus acreencias en los bienes que fueron objeto de la transferencia. Pero se debe hacer presente que el acto mismo de la disminución les es plenamente oponible[413].

Si se trata de terceros que contrataron con la sociedad después de efectuada la disminución, tanto el acto de disminución como el posterior retiro que efectúen los socios les resultará oponible y, por ende, no podrán perseguir el pago de sus acreencias en los bienes que se le hubieren transferido a los socios.

269. LA ADQUISICIÓN POR LA SOCIEDAD DE SUS PROPIOS DERECHOS O ACCIONES

La adquisición por la persona jurídica de sus propios derechos o acciones constituye con mucho el pago anticipado del aporte al socio que le hubiere enajenado su participación, pero no constituye una disminución de su capital social, aunque sí de su patrimonio si no se alcanzan a vender dichos derechos o acciones antes de la disolución de la compañía[414].

No hay disminución del capital social, pues como se ha dicho ya reite-

---

de beneficios, que de otro modo, sería imposible durante varios años a causa de las pérdidas sufridas, por la necesidad de cubrirlas primero". Ferrara, Empresarios y Sociedades, op. cit., pág. 317.

413 El inc. 2 del art. 2.445 del Código Civil Italiano señala o prescribe que la deliberación de una disminución de capital social puede llevarse a cabo "solamente después de los tres meses a contar de la fecha de la inscripción en el registro de empresas, siempre que dentro de este término, ningún acreedor social ANTERIOR a la inscripción haya hecho oposición. El Tribunal no obstante -agrega la disposición- puede disponer que, no obstante la oposición, la reducción tenga efecto, previa prestación por parte de la sociedad de una garantía idónea.

414 Ripert, op. cit., tomo II, pág. 545 señala que con motivo de la adquisición de los propios derechos y acciones "en realidad desaparece del organismo social un cierto número de accionistas y, por ende, el capital se encuentra reducido. Pero esta reducción es OCULTA, pues no la acusa el balance ni es objeto de publicidad alguna. Por otra parte -agrega- esta reducción NO ES DEFINITIVA, si se admite que la sociedad puede volver a poner en circulación los títulos que ha rescatado.

radamente, éste sólo representa una cifra numérica que permanece invariable cualesquiera sean las vicisitudes por las que atraviese el patrimonio social.

Puede haber disminución de patrimonio en la medida que esos derechos permanezcan en el haber de la compañía una vez disuelta o liquidada, pues a esas alturas éstos sólo representan una parte alícuota de la propia compañía y no un bien en sí mismo, habiendo por otra parte egresado del patrimonio social una cierta cantidad para adquirirlos. El monto que representa esta suma constituye, en tal evento, una pérdida de patrimonio. Sin embargo, mientras la sociedad subsista, los derechos representan un bien transable en el mercado con un cierto valor que debe ser considerado en el activo de la sociedad.

A primera vista puede pensarse que la adquisición por una persona jurídica de sus propias acciones importa en el fondo una disminución del pasivo que ésta tiene para con sus socios o accionistas, lo que obligaría necesariamente a aceptar que correlativamente debe existir una disminución de su capital social. Pero tal aserto es equivocado. No existe disminución de pasivo sino disminución de socios. El pasivo sigue siendo el mismo sólo que se reparte entre menos individuos.

Cosa distinta, sin embargo, es que una disminución de capital social pueda ser llevada a cabo mediante la adquisición de acciones o derechos de la propia sociedad. Pero, en tal caso, la disminución ya se ha producido por reforma de estatutos y sólo se utiliza la fórmula analizada como una manera de efectuar el retiro.

El artículo 27 de la ley 18.046 obliga a las sociedades anónimas que hayan adquirido acciones de su propia emisión a enajenarlas dentro del plazo máximo de un año contado desde la fecha de la adquisición, y si así no se hiciere, la misma disposición establece que el capital queda disminuido de pleno derecho. Mas, eso se produce por disposición de la ley y por el hecho de que la situación comentada puede prestarse para abusos de los accionistas mayoritarios, circunstancia que la legislación pretende impedir.

270. El concepto de utilidades y pérdidas

Según lo que se ha dicho más arriba, el capital social representa sólo una cifra numérica y no despliega más que un control contable a fin de impedir que de alguna manera pueda ser retirado por los accionistas la cantidad de dinero que dicha cifra representa. El concepto de utilidad no es otra cosa que enfocar este mismo problema desde el punto de vista opuesto[415].

Utilidad es la ganancia realizada y líquida correspondiente a un balance de ejercicio regularmente confeccionado. Esta es la definición más común de

---

415 Como ha dicho Ferrara, Empresarios y Sociedades, op. cit., pág. 151, "el capital social sirve principalmente para determinar si hay ganancias o pérdidas". La sociedad pierde -agrega- si el patrimonio neto resultante en un momento dado no alcanzase la cuantía del patrimonio primitivo, esto es, el capital social, y por el contrario, gana si lo sobrepasa.

utilidad. Sin embargo, en rigor de verdad, sólo se podría hablar en sentido estricto de utilidad de una sociedad al terminar la duración estatutaria de ésta. No obstante, la práctica ha impuesto una suerte de división cronológica de la economía societaria en los denominados "ejercicios", que son los períodos, tradicionalmente anuales, al final de los cuales se produce un "cierre" de la operatoria comercial, se inventarían las existencias y se determina el rédito positivo o negativo del "ejercicio" a fin de repartir las ganancias o de contabilizar las pérdidas.

De esta suerte, el concepto de utilidades del ejercicio está intrínsecamente unido al de pérdidas del ejercicio, pues estas últimas son en definitiva las que determinan la existencia y la cuantía de las primeras. En este sentido, es inconcebible la coexistencia de utilidades y pérdidas de un mismo ejercicio. Las segundas se le restarán a las primeras y el resultado de esa operación dará lugar a un solo concepto dentro del patrimonio de la entidad ya sea de utilidades del ejercicio, si el resultado de la operación arroja una cifra positiva, ya sea de pérdidas del ejercicio si el resultado arroja una cifra negativa. Asimismo, en principio, tampoco es aceptable la coexistencia de pérdidas de un ejercicio con utilidades de ejercicios anteriores, pues estas últimas cubrirán a las primeras en términos tales de hacerlas desaparecer. Esto es lo que consagra expresamente -para el caso de las sociedades anónimas- el último inciso del artículo 78 de la ley 18.046, que dice: "Si hubiere pérdidas en un ejercicio, éstas serán absorbidas con las utilidades retenidas, de haberlas".

271. COEXISTENCIA DE UTILIDADES Y PÉRDIDAS

Pero los principios expuestos en el párrafo precedente sólo pueden aceptarse de una manera general, pues el establecimiento de cuentas de utilidades, a veces, no sólo tiene por objeto indicar la existencia de cantidades de dinero destinadas a ser repartidas entre los socios o accionistas, sino el dar cuenta de una especial condición de las mismas o de las cantidades de dinero que representan. En estos casos, sostener su desaparición por el hecho de existir pérdidas en un ejercicio determinado constituye por de pronto pasar por alto la norma legal, estatutaria o incluso el acuerdo de los socios que les dio origen.

En tales casos, lo que resulta congruente con el sistema general de funcionamiento del patrimonio es mantener las partidas o cuentas de utilidades retenidas, dejando conjuntamente constancia del aumento de las pérdidas sociales. En el futuro, con el advenimiento de nuevas utilidades, irán paulatinamente desapareciendo las pérdidas acumuladas en ejercicios anteriores y, con ello, reconstituyéndose el contenido real de las distintas cuentas de utilidades retenidas a fin de dar cumplimiento a la norma legal, estatutaria o convencional que les dio origen.

Sostener la coexistencia de cuentas de utilidades retenidas o incluso de utilidades del mismo ejercicio con pérdidas, no significa en la práctica permitir el reparto de utilidades entre los socios habiendo pérdidas no cubiertas. En efecto, la cuenta permanecerá formando parte de la estructura del patrimonio de la sociedad para el fin previsto por la norma que le dio origen. Si los socios o la ley cambieren

el fin para el cual se instituyó la cuenta, las utilidades que la forman pasarán directamente a cumplir el fin primario de toda utilidad, que es hacer desaparecer las pérdidas de la sociedad. En este sentido, el interés de los terceros en orden a impedir que habiendo pérdidas sociales no cubiertas se repartan utilidades entre los socios, está plenamente protegido.

En el caso de las sociedades anónimas, donde hay norma expresa en orden a que las utilidades retenidas desaparecen por las pérdidas de ejercicios siguientes, todo lo dicho anteriormente carece de valor, pues el texto de la norma es claro y no admite ningún tipo de interpretación.

Ahora bien, si el establecimiento de una determinada cuenta de utilidades retenidas obedece sólo a una razón establecida por los socios, evidentemente quedará al arbitrio de ellos hacer desaparecer una determinada pérdida social recurriendo a dicha cuenta de utilidades, pero en tal evento, expresa o tácitamente, habrá precedido al hecho de la desaparición de la cuenta un acto jurídico de los socios de la entidad que contiene la voluntad de los mismos dirigida a producir ese efecto.

272. DERECHO DE LOS ACREEDORES SOCIALES A PERSEGUIR LAS UTILIDADES REPARTIDAS

Desde luego que las utilidades repartidas en ejercicios anteriores no dejan de serlo por las pérdidas que se sucedan en ejercicios posteriores. Esto hace que nadie puede exigir a los socios que reintegren a la sociedad las utilidades que de ella extrajeron con anterioridad. Esta conclusión si bien no está establecida en forma expresa en nuestra legislación para ningún tipo de sociedades, salvo sociedades anónimas, rige o tiene aplicación atendido lo estipulado en el estatuto social, el que por lo general debe contener normas que determinan la existencia de ejercicios sociales, balance y distribución de utilidades. Esta normas pueden ser opuestas a los terceros que pretendan perseguir a los socios o accionistas por las deudas contraídas por la sociedad.

Sin embargo, como se ha dicho, todos los beneficios obtenidos en el ejercicio que se encontrare en curso van destinados a cubrir las pérdidas anteriores y, por ende, no adquieren la calidad de "utilidades" mientras no se encuentren aquéllas totalmente cubiertas. De lo contrario, si dichas utilidades se pudieren repartir y los acreedores no tuvieren acción para pedir, en caso de insolvencia de la sociedad, la restitución al patrimonio social de las cantidades repartidas, se habría producido en el fondo un retiro anticipado por parte de los socios del capital social, con infracción de los estatutos sociales, los cuales pueden ser esgrimidos por los terceros afectados precisamente para proteger sus derechos.

En este sentido, el artículo 2.070 del Código Civil establece:"La distribución de beneficios y pérdidas no se entenderá ni respecto de la gestión de cada socio, ni respecto de cada negocio en particular. Los negocios en que la sociedad sufre pérdida deberán compensarse con aquellos en que reporta beneficio, y las cuotas estipuladas recaerán sobre el resultado definitivo de las operaciones sociales. Sin

embargo, los socios comanditarios o anónimos no son obligados a colacionar los dividendos que hayan recibido de buena fe".

Esta norma debe entenderse referida necesariamente a lo que ocurre con las utilidades y pérdidas de un mismo ejercicio y no al conjunto de las operaciones sociales durante todo el plazo de vigencia de la sociedad. Asimismo, el último inciso se refiere a los dividendos provisorios, esto es, a los que se reparten durante el ejercicio, sin esperar el resultado final del mismo.

No obstante, reconocemos que el tenor literal de la norma es amplio y que es posible sostener que salvo el caso de los socios comanditarios y anónimos, todos los demás se encuentran expuestos a tener que restituir a la sociedad las sumas que hubieren retirado a cuenta de utilidades, todo ello a fin de pagar deudas sociales.

Pero debe quedar en claro que esta postura importa desconocer la fuerza de los estatutos sociales respecto a sus normas sobre ejercicios, balance y distribución de utilidades, normas éstas que fueron conocidas por los terceros que contrataron con la sociedad.

En todo caso, una interpretación como la descrita sólo resultaría traumática para los socios de una sociedad de responsabilidad limitada, pues los simplemente colectivos son solidariamente responsables de las deudas sociales.

273. ABSORCIÓN DE PÉRDIDAS

La absorción de una determinada pérdida se hace mediante la eliminación del todo o parte de una cuenta de utilidades retenidas, de reservas o de capital.

Ya se ha dicho anteriormente que la absorción de pérdidas sociales se efectúa -para el caso de sociedades anónimas- por el solo ministerio de la ley, cuando existan utilidades del ejercicio o retenidas de ejercicios anteriores.

Pero cuando no se trate de sociedades anónimas, o incluso tratándose de ellas, no se esté en presencia de una cuenta de utilidades sino de reservas o de capital, la absorción de la pérdida no se produce por el solo ministerio de la ley y, por ende, la cuenta de que se trate subsistirá con la respectiva pérdida mientras no exista un acuerdo de los socios de la entidad en orden a absorber la pérdida con la eliminación de la cuenta de que se trate.

Si la cuenta de que se trata es la de capital, la pérdida se absorbe disminuyendo el capital social, lo que supone una reforma de estatutos de la entidad[416].

---

416 Los artículos 2.446 y 2.447 del Código Civil Italiano dicen: "2.446. Reducción del capital por pérdidas. Cuando resulta que el capital queda disminuido en más de un tercio a consecuencia de pérdidas, los administradores deben convocar sin tardanza a la asamblea para tomar las oportunas providencias. A la asamblea se le debe someter una relación sobre la situación patrimonial de la sociedad, con las observaciones del colegio de síndicos. La relación de los administradores con las observaciones del colegio de síndicos debe quedar depositada por copia en la sociedad durante los ocho días que preceden a la asamblea para que los socios puedan tomar vista de ella.

SECCIÓN SEGUNDA
EL PATRIMONIO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS VINCULADAS

274. PECULIARIDADES DEL PATRIMONIO DE LAS SOCIEDADES VINCULADAS

Desde un punto de vista estrictamente teórico, el patrimonio de las personas jurídicas vinculadas no difiere del patrimonio de las entidades morales con fines de lucro, esto es, funciona de la misma manera como en estas últimas, aplicándose al efecto todos los conceptos y reglas aludidos en las páginas anteriores.

Lo que hace que esta materia sea objeto de un tratamiento especial, son los diversos fenómenos que se presentan con motivo de las relaciones de índole patrimonial que pueden nacer entre dos o más sociedades vinculadas en vista a su relación con terceros. En efecto, en las personas jurídicas vinculadas, expresión genérica que después analizaremos con mayor detalle, la actuación económica y financiera de las sociedades vinculadas está guiada por los intereses comunes a todas ellas, de suerte que se puede ver perjudicado el derecho de prenda general de los acreedores o el patrimonio de un tercero que es accionista minoritario de una determinada sociedad del grupo.

De esta manera, son dos los tipos de personas que se pueden ver afectadas por las actuaciones individuales de las distintas sociedades vinculadas: Los primeros son los acreedores particulares de cada una de dichas sociedades, que no pueden perseguir para el pago de sus acreencias sino los bienes de la sociedad deudora y no los de las demás entidades vinculadas. Los segundos son los accionistas minoritarios de dichas sociedades cuyo interés será siempre el de acrecentar el patrimonio y la envergadura de los negocios de la sociedad de la cual son socios y que, en ocasiones, puede entrar en conflicto con el interés de los socios mayoritarios cuyo margen de actuación excede a veces con creces el interés de una determinada sociedad. Éstos son en definitiva los intereses que el orden jurídico debe considerar para los efectos de impedir que colicionen.

Esta situación no es nueva en nuestro derecho positivo. Es más, guardando las debidas proporciones, el patrimonio de las personas jurídicas vinculadas se

Si dentro del ejercicio siguiente la pérdida no resulta disminuida al menos en un tercio, la asamblea que aprueba el balance de tal ejercicio debe reducir el capital en proporción a las pérdidas comprobadas. En su defecto, los administradores y los síndicos deben pedir al tribunal que se disponga la reducción del capital en razón de las pérdidas resultantes del balance. El tribunal provee, oído el ministerio público, mediante decreto que debe ser inscrito en el registro de la empresa al cuidado de los administradores. Contra tal decreto se admite reclamación a la corte de apelaciones dentro de los treinta días a contar de la inscripción".

"2.447. Reducción del capital social por bajo del límite legal. Si por la pérdida de más de un tercio del capital, éste se reduce por bajo del mínimo establecido por el art. 2.327, los administradores deben convocar sin tardanza la asamblea para deliberar la reducción del capital y el simultáneo aumento del mismo a una cifra no inferior a dicho mínimo, o la transformación de la sociedad".

encuentra en una situación similar a los patrimonios fraccionados de ciertas personas naturales. En efecto, la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal que desempeña una profesión o industria separados del de su marido, puede llegar a poseer dos patrimonios distintos, además del patrimonio de la sociedad conyugal que se identifica respecto de terceros con el patrimonio del marido. En este caso, el legislador ha previsto que los acreedores del marido, que son los de la sociedad conyugal, pueden verse perjudicados con motivo de un acto o contrato del marido que haya cedido en utilidad de la mujer o de la familia común. Para ello ha dispuesto lo siguiente en el inciso 6 del artículo 150 del Código Civil: "Los acreedores del marido no tendrán acción sobre los bienes que la mujer administre en virtud de este artículo, a menos que probaren que el contrato celebrado por él cedió en utilidad de la mujer o de la familia común".

Sin embargo, en materia de personas jurídicas no existe una disposición semejante. El orden jurídico ha preferido, con razón, enfrentar el tratamiento de los grupos económicos y de las sociedades vinculadas de manera distinta según veremos.

275. SOBRE EL CONCEPTO DE VINCULACIÓN

El orden jurídico chileno considera dos diferentes grados de vinculación: (a) El primer grado, que podríamos caracterizarlo como más restringido, consiste o proviene de las relaciones de propiedad existente entre dos o más personas jurídicas, esto es, cuando una de ellas es dueña directamente o a través de otra persona natural o jurídica de una parte de las participaciones sociales de otra, pasando a denominarse matriz cuando controla directamente o a través de otra persona más del 50% del capital y coligante cuando sin controlarla posee el 10% o más de su capital; y (b) El segundo grado, que comprende una gama más amplia de relaciones, consiste en ciertos vínculos de tal naturaleza en la propiedad, administración o responsabilidad crediticia que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes a dichas sociedades vinculadas o subordinadas a éstos. En el primer caso hablamos de sociedades matrices, filiales, coligantes y coligadas. En el segundo caso, hablamos más bien de grupos económicos.

Ambos grados o tipos de vinculación se diferencian entre sí en que el primer tipo exige que existan vínculos de propiedad entre dos o más personas jurídicas en circunstancias que el segundo no lo exige exclusivamente sino que deriva la vinculación de otros hechos o contingencias; y aun en el caso de que dicha vinculación provenga de la propiedad, el primer tipo exige que ella configure los conceptos de filiales y coligadas, en cambio el segundo no.

276. CONCEPTO LEGAL DE GRUPOS ECONÓMICOS Y ALCANCE

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 18.045, "grupo empresarial es el conjunto de entidades que presentan vínculos de tal naturaleza en

su propiedad, administración o responsabilidad crediticia, que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinados a éstos, o que existan riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o en la adquisición de valores que emiten".

El concepto está concebido en términos tan amplios que es aplicable a cualquier clase de agrupación de sociedades, civiles o comerciales, colectivas, en comanditas, de responsabilidad limitada o anónimas. No importa la forma de las entidades que lo integran ni su número. En principio puede aplicarse a dos entidades pertenecientes o administradas por un mismo centro de intereses.

No obstante los amplios términos de la definición, distinto es el caso de aquellos grupos empresariales en los cuales no existen sociedades anónimas abiertas ni cerradas que hayan inscrito voluntariamente sus acciones en el registro de valores. En estos casos, si bien son considerados por la legislación como grupos económicos o empresariales, no están sin embargo sometidos a la Superintendencia de Valores y Seguros, de manera que esta última no tiene respecto de ellos ninguna de las atribuciones que le confiere la Ley de Valores. Pero es necesario advertir que basta que una sola de las entidades tenga la calidad de sociedad anónima abierta o se encuentre inscrita en el Registro de Valores para que todas las entidades del grupo queden sujetas a las obligaciones consagradas en el artículo 102 de la Ley de Valores, esto es, quedan obligadas a entregar a la Superintendencia, a solicitud de ésta, la información necesaria para determinar la situación financiera de las sociedades sujetas a su fiscalización; y deben informar a la o las sociedades del grupo fiscalizado por la Superintendencia, con las cuales realicen operaciones comerciales significativas, que ambas tienen un controlador común.

De acuerdo a la definición contenida en el artículo 96 de la Ley de Valores, el concepto de grupo empresarial cuenta con los siguientes elementos:

1. Se debe tratar de un conjunto de entidades; desde luego, si se trata de un conjunto de personas naturales que se asocian para emprender uno o más negocios, estamos en presencia de una sociedad, con un solo patrimonio y, por ende, donde no se presenta ninguno de los fenómenos a que dan lugar las relaciones de índole patrimonial que pueden nacer entre dos o más sociedades vinculadas. Para que se dé lugar a dichos fenómenos es menester que existan por lo menos dos entidades legales.

2. Entre las entidades deben existir vínculos en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia. Esto quiere decir que no se debe tratar de cualquier vínculo. Hay muchos que pueden no revestir tales características. Puede tratarse de vínculos de naturaleza gremial como las asociaciones de empresarios; de naturaleza contractual, como ocurre cuando se contratan servicios comunes para varios empresarios, etc. Todos ellos son vínculos, pero no de los requeridos por la ley para configurar el concepto de grupos empresariales, pues no dan lugar a los fenómenos que la ley le interesa reglamentar. Estos fenómenos se presentan sólo

cuando se trata de vínculos en la propiedad, en la administración o en la responsabilidad crediticia de dos o más entidades. En los dos primeros por razones obvias. En los últimos porque existe una natural interdependencia atendido que el pago de las deudas por parte de una de las sociedades del grupo depende de que, a su vez, las otras sociedades paguen a la primera las deudas que mantienen con ella.

3. Sin embargo, por sí mismos, tales vínculos no bastan. Es preciso que ellos sean de tal naturaleza que hagan presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes esté guiada por los intereses comunes del grupo o subordinados a éstos. Ello significa que es perfectamente posible que existan vínculos de propiedad, de administración o de responsabilidad crediticia y, sin embargo, que no estemos en presencia de un grupo empresarial, fundamentalmente porque tales vínculos no hacen que se pueda presumir los hechos o circunstancias previstos en la norma. Por de pronto, ni siquiera se consideran personas relacionadas con un grupo empresarial, aquellas que sean dueñas, hasta de un 5% del capital o 5% del capital con derecho a voto si se trata de una sociedad por acciones pertenecientes o integrantes del grupo (art. 100 Ley de Valores).

Como ya se ha dicho, el concepto de grupos empresariales encierra un conjunto muy amplio de entidades o personas jurídicas y no se limita sólo a los casos en que exista entre ellos una sociedad anónima abierta o cerrada inscrita voluntariamente en el Registro de Valores. La diferencia es que, si existen, la Superintendencia de Valores pasa a tener intervención a través de una serie de prerrogativas y facultades tendientes en general a disponer para ella y para el público en general de una información completa del grupo, incluyendo a todas las entidades que lo componen, sean o no Sociedades Anónimas e incluso dictaminando que ciertas personas o entidades forman parte del grupo si se reúnen determinados requisitos. Es efectivo que el concepto mismo de grupo empresarial cobra sentido y vida en la medida que exista entre las entidades que lo componen una sociedad fiscalizada por la Superintendencia. Pero como veremos más adelante el concepto configurado por el artículo 96 de la ley de valores nos resulta particularmente útil para analizar el tipo de vinculación que genera los fenómenos a que da lugar esto que hemos venido en llamar peculiaridades del patrimonio de las sociedades vinculadas.

Por otra parte, es necesario advertir que el grupo empresarial no es considerado por el Derecho, como persona jurídica. No es capaz de adquirir por sí mismo derechos ni contraer obligaciones ni es posible representarlo judicial ni extrajudicialmente. Asimismo, los integrantes del grupo no son ni solidaria ni subsidiariamente responsables de las obligaciones contraídas por los otros. El orden jurídico ha consagrado el concepto de grupo empresarial para otros fines, fundamentalmente relacionado con la información de la cual debe disponer el público en general. En ese sentido, es importante considerar que, quizás, tampoco sea conveniente para la economía y el comercio obligar a un grupo a constituirse como persona jurídica o convertir a las entidades que lo conforman en solidarias o subsidiariamente responsables entre sí de las obligaciones que contraen. La

limitación de la responsabilidad individual ha sido permitida en Chile desde el año 1923, con la dictación de la ley 3.918 sobre sociedades de responsabilidad limitada. Asimismo, mucho antes habían existido sociedades anónimas que de por sí llevan implícito el concepto de limitación de responsabilidad. No se vislumbran, entonces, las razones por las cuales se podría prohibir esa limitación entre las sociedades que conforman el grupo empresarial.

Lo importante es que nuestra legislación reconoce la existencia legal de los grupos empresariales, define a las entidades que lo integran y a su controlador, reconociéndole de esta manera una cierta estructura orgánica por lo cual le impone ciertas obligaciones.

277. LA NORMA QUE RIGE LAS RELACIONES ENTRE SOCIEDADES VINCULADAS (ART. 89, LEY 18.046)

Como se podrá desprender de lo dicho en los numerandos anteriores, la única forma de resguardar los intereses de terceros (acreedores o socios minoritarios) frente a los actos que celebren entre sí las sociedades vinculadas, consiste en exigir que todos los actos o contratos que ejecuten o celebren las distintas sociedades del grupo se hagan en condiciones de equidad, similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado.

Es precisamente ésta la norma que contiene el artículo 89 de la Ley de Sociedades Anónimas, que dice: "Las operaciones entre sociedades coligadas, entre la matriz y sus filiales, las de estas últimas entre sí, o con las coligadas, y las que efectúe una sociedad anónima abierta, ya sea directamente o a través de otras entidades pertenecientes a su grupo empresarial, con sus personas relacionadas, definidas en la ley 18.045, deberán observar condiciones de equidad, similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado. Los administradores de una y otras serán responsables de las pérdidas o perjuicios que pudieren causar a la sociedad que administren por operaciones hechas por infracción a este artículo. También se aplicará lo dispuesto en este artículo, aun cuando la matriz o la coligante, en su caso, no fuere una sociedad anónima.

El contenido de la norma transcrita es claro, aunque se debe advertir que lo que prima no es el mercado sino la equidad. La norma dice que los contratos deben celebrarse en condiciones de equidad similares a la que habitualmente prevalecen en el mercado. Esto quiere decir que lo que hay que buscar como parámetro son las condiciones de equidad que habitualmente predominan en el mercado. No es el mercado lo que determina lo equitativo sino que es menester buscar lo equitativo dentro del mercado para así utilizarlo como parámetro. El mercado no siempre es equitativo. Puede ocurrir, por ejemplo, que la economía del país pase temporalmente por una escasez de dinero provocada por las medidas adoptadas para frenar la inflación, todo lo cual redunda en altas tasas de interés. En tal caso, no puede exigirse que las distintas empresas del grupo se presten dinero a las tasas que en ese momento prevalecen en el mercado, primero porque no son habituales y segundo, porque puede que no sean equitativas. Ante una situación como la descrita, lo equitativo sería prestarse dinero a las tasas de interés

similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado y lo no equitativo sería que otras sociedades que pertenecen a un mismo centro de intereses cayeran en la espiral de un mercado en proceso de ajuste, pues, en último término, los terceros que han contratado con una de dichas sociedades lo hacen sabiendo que ella pertenece a un grupo que precisamente ha diversificado sus riesgos, resguardándose así de los desvaríos del mercado.

Lo que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua resulta equitativo es, textualmente "la moderación en las condiciones que se estipulan para los contratos"; y moderar es siempre "evitar el exceso"; el exceso sobre un límite determinado por el mercado en sus condiciones habituales.

278. INFRACCIÓN AL ART. 89 DE LA LEY 18.046

La infracción a la norma sobredicha constituye, de por sí, un acto ilícito que obviamente el derecho reprueba, pues no puede permitir que sus mandatos imperativos queden burlados por falta de sanción. Sin embargo, nos queda aún por analizar cuál es la forma cómo el derecho sanciona las infracciones a este precepto. Digamos a este respecto que la ley no señala expresamente una sanción para el caso de la contravención, de manera que sólo nos caben dos alternativas. La primera sería la nulidad absoluta del acto o contrato que contravino la norma. La segunda es la indemnización de perjuicios. Ambas serán analizadas en los numerandos siguientes.

279. LA NULIDAD ABSOLUTA DEL ACTO COMO SANCIÓN A LA INFRACCIÓN

La nulidad absoluta podría basarse en el hecho de que la norma en comentario sólo aparentemente es de carácter imperativo. En el fondo, se trata de un precepto prohibitivo, pues su contenido no es otro que el prohibir todo acto o contrato entre sociedades vinculadas que no se celebró en condiciones de equidad similares a las que prevalecen en el mercado; y tratándose como se trata de una norma prohibitiva, el acto o contrato que contraviene la prohibición adolecería de objeto ilícito en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.466 del Código Civil.

Sin embargo, la doctrina[417] opina que la contravención a leyes imperativas sólo acarrea nulidad absoluta en la medida de que se trate de mandatos establecidos en consideración a la naturaleza del acto o contrato que ejecuta o celebra y no a la calidad o estado de las personas que intervienen. En el caso en análisis, es obvio que la norma está motivada por el carácter o calidad de las sociedades involucradas, de suerte que debemos descartar como sanción la nulidad absoluta del acto o contrato celebrado con infracción al artículo en comentario.

417 Arturo Alessandri Besa, op. cit., Tomo I, pág. 128; José Clemente Fabres, Obras Completas, Tomo III, pág. 91.

280. LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS COMO SANCIÓN A LA INFRACCIÓN

Sin duda, podemos afirmar que la sanción por la contravención al art. 89 está constituida por la obligación de indemnizar los perjuicios producidos. Pero es preciso distinguir a este respecto entre tres tipos de perjuicios: el perjuicio que sufre la sociedad como persona jurídica; el perjuicio que sufren los accionistas o socios; y el perjuicio que sufren los acreedores de la entidad. A ellos corresponden tres tipos de intereses distintos. Y es necesario analizar si el orden jurídico protege dichos intereses concediéndoles una acción para perseguir la consiguiente indemnización de perjuicios.

281. ACCIÓN DE QUE DISPONE LA SOCIEDAD PERJUDICADA

El interés de la sociedad que sufrió el daño o la pérdida a consecuencia del acto celebrado está constituido por el hecho de resarcirse de los perjuicios derivados de un acto ilícito cometido por la persona de sus administradores, acto que podrá ser culpable o doloso según sea el caso. La acción, entonces, se dirigirá en contra de dichos administradores a fin de que respondan de las pérdidas y perjuicios que el acto o contrato celebrado produjo a la sociedad. Así lo prescribe el artículo 89 de la Ley 18.046 que dice: "Los administradores de unas y otras serán responsables de las pérdidas o perjuicios que pudieren causar a la sociedad que administran por operaciones hechas con infracción a este artículo".

Pero es necesario advertir que la sociedad afectada no puede accionar contra aquella que se benefició con la operación, tanto porque ella fue precisamente una de las autoras del delito o cuasidelito que le causó daño, cuanto porque ejecutó un acto o celebró un contrato voluntariamente aceptado por ella misma, esto es queriendo y deseando que se produjeran los daños como único medio para alcanzar el objetivo propuesto. Es entonces por esto que el art. 89 comentado ni siquiera consagra la posibilidad de intentar una acción contra la sociedad beneficiada.

282. ACCIÓN DE QUE DISPONEN LOS SOCIOS O ACCIONISTAS

Como puede observarse, la acción de que dispone la sociedad contra sus administradores no ampara el derecho de los socios o accionistas. En efecto, el interés de estos últimos es que se le indemnicen los perjuicios que ellos sufrieron a consecuencia del acto celebrado, y que pueden ser muy distintos a los que padeció la sociedad. Piénsese, por ejemplo, el caso de un accionista que tenía prendada sus acciones en favor de un banco que, al conocer la disminución de valor que experimentaron las acciones con motivo de la operación celebrada con infracción a lo dispuesto en el art. 89, declara por tal motivo la caducidad del plazo de la deuda y exige de inmediato el pago total de la misma.

Como se comprenderá este tipo de terceros involucrados gozan de lo que en doctrina se conoce como "acción individual" en contraposición a la "acción

social" que, como hemos visto, se dirige en contra de los administradores, a fin de que respondan por el hecho de haber disminuido irregularmente los activos de la sociedad por culpa o dolo. Esta acción individual, por el contrario, pretende o persigue la reparación del daño personal que se haya causado con la operación. "Pero no es el mismo perjuicio el que origina, a la vez, la acción social y la acción individual. Las dos acciones no coexisten más que si se han causado dos perjuicios distintos, el uno social y el otro individual. El perjuicio social no permite sino el ejercicio de una acción social; y no, a la par, el de una acción social y el de una acción individual"[418].

Podrá sostenerse que el daño o perjuicio social se extiende directamente al socio o accionista desde el momento mismo en que se da principio a la ejecución del contrato celebrado con infracción a lo dispuesto en el art. 89, pues se refleja directamente en su propio patrimonio atendido que el valor de las acciones o derechos que poseen en la sociedad está directamente relacionado con el valor del patrimonio de la entidad a la que pertenecen. Pero como ha dicho la doctrina, "ese daño que sufren los socios es el mismo daño sufrido por la agrupación. No alcanza al socio sino como parte de la agrupación y en proporción a su parte. El socio no padece como individuo, sino como fracción del grupo. El perjuicio social no afecta, pues, individualmente a los socios; no alcanza sino a través de la agrupación, como miembros de esa colectividad. Teóricamente, no cabe ya darles una acción... La persona moral se interpone entre los socios y el autor de la culpa; aquélla constituye un obstáculo infranqueable para las acciones individuales de los socios"[419].

La acción de los socios o accionistas podrá dirigirse desde luego contra la persona de los administradores; pero normalmente preferirán perseguir la responsabilidad de las sociedades involucradas, especialmente la de aquella que se benefició con el acto. Podrá decirse que los culpables del eventual delito o cuasidelito civil fueron las distintas personas de los administradores, pero, la persona de las administradoras no son sino los órganos de la entidad, todos los cuales se identifican con ella misma.

La acción podrá dirigirse por el total de los perjuicios individuales sufridos y si ellos todavía no han llegado a producirse porque no se ha dado principio a la ejecución del contrato, podrán intentar la acción derivada del daño contingente, consagrada en el art. 2.333 del Código Civil.

283. ACCIÓN DE QUE DISPONEN LOS ACREEDORES

En el caso de los acreedores de la entidad la situación es distinta porque es distinta, también, la naturaleza del interés. El interés de los acreedores es únicamente el que se les pague sus acreencias y el monto del patrimonio de la

418 Henri y León Mazeaud y André Tunc. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil. Tomo Segundo, Vol. 2, pág. 474.
419 Henri y León Mazeaud y André Tunc, op. cit., pág. 470.

deudora les resulta indiferente mientras pueda cubrir sus obligaciones. Esto quiere decir que, aunque el acto o contrato cause perjuicio a la sociedad deudora, es muy probable que no le cause perjuicio a los acreedores, pues aun con dicho acto no existe peligro para el pago de las deudas. Además, aun en el evento que la deudora cayera en quiebra, para que dichos acreedores pudieren solicitar indemnización de perjuicios, sería menester que probaran que el actual estado de los negocios se debió directamente a los actos o contratos celebrados con infracción a lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 18.046, pues de lo contrario no habría relación de causalidad entre la culpa o el dolo y los perjuicios sufridos.

SECCIÓN TERCERA
DIVISIÓN DE SOCIEDADES

284. CONCEPTO

En primer término, es necesario tener presente que lo que se denomina división de sociedades sólo constituye una división de patrimonio. Ya hemos advertido que una sociedad o compañía es una persona jurídica y que este concepto encierra bastante más que el de patrimonio. De manera que el nombre con que se conoce o denomina esta institución en cierta medida desborda el contenido mismo de lo que con ella se pretende designar.

Esto nos lleva a efectuar una primera consideración. Con motivo de la división de sociedades no se produce una división de la personalidad jurídica sino, solamente, una división de su patrimonio. La personalidad jurídica de la entidad que adquiere la parte del patrimonio que se divide surge precisamente del acto de división, siendo esta circunstancia uno de los elementos del mismo.

De lo anterior se sigue una segunda consideración. Por ser el patrimonio uno de los elementos esenciales de la personalidad, tampoco hay propiamente una división de patrimonio, pues equivaldría obviamente a dividir la personalidad. Lo que existe en realidad es una división de la organización administrativa o si se quiere de la estructura jurídica del patrimonio de una persona jurídica y, obviamente, el posterior traspaso o transferencia de los bienes y obligaciones que respalden en los hechos dicha organización o estructura administrativa y jurídica.

Hemos dicho precedentemente que el patrimonio de las personas jurídicas está organizado en base al concepto de cuentas y pérdidas, que son cifras numéricas representativas de una determinada cantidad de dinero o de bienes y que se encuentra sometida a un estatuto jurídico propio, distinto al de las demás cuentas. Hemos dicho también que las referidas cuentas junto a las pérdidas representan algo así como una parte alícuota de los bienes de la sociedad. Pues bien, la división del patrimonio de una persona jurídica supone la división de estas cuentas y, como es obvio, la posterior distribución de lo que resulte de la división entre las sociedad que permanece -si es que lo hace- y una o más personas jurídicas que necesariamente deben surgir de dicho acto.

De todo lo anterior surge, finalmente, una tercera consideración. Dados los

objetivos y naturaleza del acto jurídico descrito en los párrafos precedentes, no se puede hablar propiamente de que se divide o puede dividir el pasivo de las personas jurídicas. Puede ocurrir -como que de hecho se hace- que exista en virtud de una división una asunción de las deudas de la sociedad que se divide por una o más sociedades que surgen de la división. Pero, como quiera que esta adquisición de deudas se produzca, lo cierto es que no nace del acto de división sino del posterior traspaso de dinero o bienes que respaldan las cuentas patrimoniales asignadas a la o las nuevas sociedades y que han sido objeto de división.

Se desarrollará a continuación cada uno de los conceptos contenidos en los párrafos precedentes.

285. NO EXISTE UNA DIVISIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

La división de la personalidad jurídica de una entidad es inconcebible desde el punto de vista jurídico. Ya hemos advertido en capítulos anteriores que la personalidad jurídica está compuesta fundamentalmente por dos efectos o elementos: Primero, que ciertos hechos, actos, intereses, deberes y responsabilidades de un grupo de individuos son atribuidos a una persona distinta de ellos mismos, tanto individual como colectivamente hablando. Segundo, que la totalidad de las normas jurídicas se le deben aplicar a la persona jurídica como tal, prescindiendo de las pecualiaridades de los individuos que individual y colectivamente la componen. Esto puede parecer demasiado teórico para quien sólo considere la personalidad en relación con un hecho o acto jurídico determinado y no la continuidad que tiene esa misma personalidad a través del tiempo. Pero sucede que las personas jurídicas tienen relaciones jurídicas que perduran en el tiempo y, lo que es más importante, los efectos de las normas jurídicas y contractuales suelen no ser instantáneos. Si se aceptara la división de la personalidad jurídica ¿a cual de todas las sociedades resultantes de la división debería perseguir, por ejemplo, el que sufrió un daño derivado de un delito o cuasidelito imputable a la persona jurídica? ¿Podría ser a todas ellas? ¿Podría? ¿En virtud de qué fundamento legal? Y el contratante perjudicado por el incumplimiento de las obligaciones de una persona jurídica antes de su división ¿a cuál de todas las sociedades resultantes de la misma debiera perseguir? ¿A la que continúa con el giro que dice relación con el contrato cuyas obligaciones se infringieron? ¿Por qué razón? No, la personalidad jurídica es indivisible porque las relaciones jurídicas requieren, más bien suponen como condición previa, la individualidad, la misma que dejaría de existir si se acepta la división de la personalidad jurídica.

Esto significa que los terceros no podrán jamás perseguir la responsabilidad contractual o extracontractual de las sociedades que surjan de la división por hechos, actos o contratos celebrados por la entidad de la cual surgieron antes de la misma división.

Esto significa también que las sociedades que surgieron de una división jamás podrán atribuirse para sí beneficio alguno que provenga o tenga como causa un hecho anterior a la división, aun cuando éste se relacione con su propio giro o

con sus bienes y aun cuando la sociedad de la cual procede haya renunciado a continuar el giro de que se trata o le haya asignado al patrimonio de la nueva entidad el bien del cual la ganancia procede.

Y debe advertirse, finalmente, que lo dicho es a modo de ejemplo, pues es imposible imaginar todas las consecuencias que puede traer aparejado aceptar la división de la personalidad jurídica.

286. EN LA DIVISIÓN DE SOCIEDADES NO HAY DIVISIÓN DE PATRIMONIOS

Ya hemos dicho anteriormente que el concepto de patrimonio se confunde con la noción de capacidad, pues comprende no sólo los derechos y obligaciones presentes sino también los futuros. Dividir el patrimonio es dividir la capacidad de la persona de su titular. Así ocurre en los casos en que la ley autoriza este tipo de divisiones. En el caso del peculio profesional o industrial del hijo de familia o del patrimonio reservado de la mujer casada, no todos los derechos y obligaciones futuras ingresan en tales casos a un único patrimonio sino a diferentes peculios según sea la causa de la adquisición. En los ejemplos propuestos, la mujer y el hijo de familia conservan dos o más patrimonios, cada uno con activos y pasivos con cierto grado de independencia entre sí.

Sin embargo, en la división de sociedades no se presenta ninguna de las características descritas. No se divide el patrimonio de una sociedad, aquel que se identifica con su capacidad. Se divide más bien su organización administrativa y jurídica. Hay una división de sus cuentas, pero no una división del patrimonio atributo de la personalidad de la entidad escindida. La capacidad de esta última no se fracciona en compartimientos distintos como ocurre en los sobredichos casos de la mujer casada y del hijo de familia. La capacidad de la sociedad escindida no queda en absoluto limitada. Puede adquirir todo tipo de bienes, a cualquier título, por cualquier causa. Lo mismo ocurre en el caso de la o las sociedades escindentes. ¿Puede hablarse entonces de división de patrimonios?

Se podrá sostener que los ejemplos dados -el de la mujer casada y el del hijo de familia- se refieren a un tipo distinto de división patrimonial caracterizado porque las fracciones resultantes de la división continúan perteneciendo a una misma persona, en circunstancias que, en el caso de división de sociedades, las fracciones pasan a pertenecer a personas distintas. Pero, en realidad, la cuestión reside más bien en la capacidad de la persona cuyo patrimonio se dividió, pues si la capacidad no se fracciona no hay división de patrimonio. El patrimonio se identifica con la capacidad en términos tales que sólo se puede hablar estrictamente de división en la medida que exista un fraccionamiento de la capacidad. Y esto constituye una petición de principio que no se puede soslayar.

287. QUÉ ES LA DIVISIÓN DE SOCIEDADES

Hemos dicho al tratar de la organización jurídico-administrativa del patrimonio de las personas jurídicas, que ésta se encuentra basada en el concepto

de "cuentas", esto es de cifras numéricas representativas de una determinada cantidad de dinero. Hemos dicho también que estas cuentas desempeñan una función interna de configuración del régimen jurídico al que se encuentran sometidos los respectivos bienes y derechos dentro del patrimonio de la sociedad, entre otras cosas en orden a si se reparten o no se reparten entre los socios y si se quedan a qué título lo hacen y con qué propósitos administrativos, laborales, previsionales, tributarios, en fin, legales.

Hemos dicho también que puede suceder que producto de sucesivas pérdidas sufridas por el patrimonio social, no existan en la sociedad bienes o derechos que respalden la cantidad de dinero representada por las cifras numéricas de las distintas cuentas sociales, lo que hace desaparecer el contenido de ellas, pero hemos advertido, también, que, cuando la sociedad mejore el estado de sus negocios con la percepción de nuevos ingresos, irá reconstituyendo con ellos el respaldo de las sobredichas cuentas mediante la disminución de las pérdidas acumuladas, a menos que los socios o la ley, según los varios casos, dispongan lo contrario.

Pues bién, la división de sociedades es una división de esta organización jurídico-administrativa basada en el sistema de cuentas descrito y, por ende, una división de todas o de al menos una de las cuentas que conforman su patrimonio. Las distintas cuentas y pérdidas del patrimonio de una persona jurídica se transforman, de esta manera, en el objeto del acto jurídico denominado "división de sociedades".

288. DEFINICIÓN, ELEMENTOS Y EFECTOS DE LA DIVISIÓN

De lo expuesto en el párrafo precedente, podríamos definir la división como un acto por el cual se escinden una o más cuentas del patrimonio de una persona jurídica, se distribuyen las cuentas resultantes de la misma entre ella y una o más sociedades que necesariamente deben surgir de dicho acto y se adjudican a estas últimas bienes y eventualmente obligaciones de la primera, como respaldo necesario de las cuentas asignadas, sin que se vea alterada en forma alguna ni la condición legal ni la función jurídico-administrativa que estas cuentas desempeñaban en el patrimonio de la sociedad escindida.

Lo característico, lo que constituye la esencia de este acto jurídico, es que la nueva sociedad que surge de la división sucede a la antigua, esto es, recibe de ella parte de la organización jurídico-administrativa de su patrimonio. Todo lo demás, vale decir, la transferencia de bienes, derechos y obligaciones se puede obtener por otro tipo de actos jurídicos. Pero esta forma de sucesión sólo se alcanza por medio de la división y por la fusión de sociedades, según veremos.

De esta suerte, los elementos del acto jurídico descrito son los siguientes: (a) División y distribución de una o más cuentas patrimoniales y de pérdidas, si las hubiere; (b) Nacimiento de una o mas sociedades; (c) Adjudicación de bienes y asunción de obligaciones.

A) División y distribución de cuentas Patrimoniales

289. EXISTENCIA DE UN BALANCE PREVIO

La división de las cuentas del patrimonio de una persona jurídica exige la existencia de un balance a una determinada fecha, la que habrá de constituirse en la de la división. Esto es ineludible, pues no puede conocerse el estado de las distintas cuentas y de las pérdidas sociales sin la existencia del mismo. Y si no se conoce el estado de ellas, esto es, a cuánto ascienden, no se puede configurar la división. Constituiría en el fondo la celebración de un acto jurídico a ciegas, esto es, sin conocer el objeto sobre el cual recae. Cualquiera diferencia entre el contenido real y el estimado de la cuenta o de la pérdida haría incurrir a las partes que celebran el acto jurídico en error sustancial, porque la sustancia o calidad esencial de la cosa sobre la que recae el contrato es diversa de la que se cree. (artículo 1.454 del Código Civil). Por ejemplo, si en virtud del acto de división se asigna a la sociedad escindente $5.000.000 de la cuenta de reservas que se creía de $15.000.000, en circunstancias que sólo era de $14.000.000, será la sociedad escindida la que habría sufrido error sustancial, pues, producto de la división, habría conservado una cuenta de reserva por sólo $9.000.000. cuando creyó conservarla por $ 10.000.000.

Tal es la importancia del balance. Determina el objeto del acto jurídico de división de sociedades que se ejecuta o celebra.

290. LA DIVISIÓN SIEMPRE SE HACE CON EFECTO RETROACTIVO

El patrimonio no es un concepto estático. Varía constantemente su monto, el valor de las distintas cuentas, aumentan o disminuyen las pérdidas, se perciben nuevas utilidades, en fin, no es posible entenderlo de manera fija. Pues bien, por ello precisamente surge la necesidad de confeccionar un balance para efectuar una división. Pero el balance constituye una fotografía del patrimonio de una entidad tal como era a un instante determinado de su existencia, de suerte que al instante siguiente puede ser diferente.

La división de sociedades opera en base al balance utilizado para la división que constituye en el fondo una fotografía del pasado. Es por ello que la división opera con efecto retroactivo al de la fecha de su celebración. Opera a partir de la fecha en que se confeccionó el balance. Si se utiliza el balance confeccionado al 31 de diciembre del año pasado, una división hecha -por ejemplo- en mayo, operará con efecto retroactivo al 31 de diciembre, y las variaciones que haya experimentado la cuenta o la parte de la cuenta que se le hubiere asignado a la sociedad escindente entre aquella fecha y la de la división, habrá de ser considerada por ésta en el balance que tenga que practicar en el ejercicio siguiente. Esto significa que, para estos efectos, la sociedad escindente no nació en mayo como lo indica la fecha del acto de división sino el 31 de diciembre, que es la fecha del balance en el ejemplo propuesto.

291. LA RETROACTIVIDAD ALCANZA A LA PERSONALIDAD

Es importante detenerse a considerar por un momento esto que se acaba de decir en el párrafo anterior, pues si la división opera con efecto retroactivo y la sociedad escindente debe considerar las variaciones experimentadas por la cuenta o la pérdida que le hubiere sido asignada durante un período anterior al de su existencia, quiere decir entonces que la personalidad jurídica de ésta sociedad que surgió de la división, también lo hizo con efecto retroactivo. Esto quiere decir -entre otras cosas- que la sociedad pudo adquirir derechos y obligaciones a una fecha anterior a la de su nacimiento y aunque ello puede a primera vista resultar dudoso o incluso peligroso, no debe perturbar, pues el efecto retroactivo sólo podrá ser aceptado por el orden jurídico en la medida que con él no se vea perturbada otra norma del mismo orden o se vean afectados los intereses de terceros, incluyendo dentro de éstos al Estado por el cumplimiento de la leyes tributarias.

292. POR LO GENERAL ES ESENCIAL LA DIVISIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LA CUENTA DE CAPITAL

En la división de una persona jurídica con fines de lucro resulta esencial la escisión de su cuenta de capital social y la distribución de las partes resultantes entre la sociedad escindida y las escindentes. Si así no ocurriere, la sociedad que surja de la división carecería del mismo y si la sociedad escindida distribuye toda su cuenta de capital entre las escindentes se quedaría también sin capital social, siendo ésta una exigencia de nuestra legislación para todo tipo de sociedades con excepción de las colectivas. Estas últimas no requieren contar con capital social porque siendo sus socios responsables del pago de las obligaciones de la sociedad, el reparto de utilidades no perjudica de manera alguna a los acreedores sociales que pueden perseguir el pago de sus acreencias en los bienes de los socios de la deudora. Por este motivo, si la sociedad que surge del acto de división es del tipo colectivo, no es esencial que se divida la cuenta de capital de la sociedad escindida, aunque se puede sostener que para el resto de las sociedades tal exigencia se impone por disposición indirecta de la ley.

Esta es la única cuenta del patrimonio de la sociedad escindida que debe necesariamente ser objeto de división y distribución. Las otras cuentas no necesariamente deben ser objeto de división, aunque pueden serlo a voluntad de los socios. Así, por ejemplo, puede que se decida no asignar a ninguna de las sociedades que surjan de la división la cuenta de reservas de la sociedad escindida. En tal caso, la o las sociedades escindentes nacerán solamente con capital social y carecerán de reservas y pasivos, lo que es perfectamente lícito.

293. LA DIVISIÓN DE SOCIEDADES CON PATRIMONIO NEGATIVO Y LA ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LAS PÉRDIDAS

El hecho de que sea esencial la división de la cuenta de capital de la

sociedad escindida no significa de manera alguna que sea imposible la división de una sociedad con patrimonio negativo, esto es, que sea tal el monto de las pérdidas que hayan consumido íntegramente el capital social de la entidad.

Hemos dicho precedentemente que el capital despliega un control contable en términos de obligar a los socios a mantener en la compañía una cantidad en bienes o dinero igual a la cifra numérica representativa del capital social de la entidad. Pero hemos advertido también que dichos bienes pueden salir de la sociedad a otro título distinto que el retiro de los socios, como podría ser el pago de una deuda.

Pues bien, el hecho de que se haya consumido el capital social no impide la división. Se dividirá igualmente la cuenta de capital de la sociedad escindida con patrimonio negativo, pero se le asignarán a la nueva sociedad que surja de la división suficientes pérdidas de la sociedad dividida como para hacer disminuir a una cantidad negativa la cuenta de capital (por ser mayores aquéllas que ésta) de forma tal que no se le tenga que adjudicar bien alguno con motivo de la división.

Si resulta ser superior la cifra numérica representativa de las pérdidas a aquella representada por el capital, no necesariamente se le deberán asignar obligaciones o pasivos a la nueva sociedad, pues -como se ha dicho- el concepto de pérdidas no dice relación con el de obligaciones que satisfacer sino con el de disminución de patrimonio. Las pérdidas, incluso, pueden haberse originado con motivo de obligaciones extinguidas por el pago.

Lo que está claro, sin embargo, es que si se asigna una cuenta de capital y una pérdida por igual monto, no se puede adjudicar bien alguno, pues la pérdida tiene por objeto determinar el contenido real de una cuenta del activo.

En el futuro, cuando la sociedad que surja de la división perciba nuevos ingresos irá -como se ha dicho- reconstituyendo paulatinamente el contenido real de su cuenta de capital mediante la disminución de sus pérdidas.

294. POR LO GENERAL ES ESENCIAL LA DISMINUCIÓN DE CAPITAL DE LA SOCIEDAD DIVIDIDA

Según lo consignado precedentemente en orden a que resulta esencial la división de la cuenta de capital de la sociedad escindida, se debe concluir forzosamente que también resulta esencial la disminución de capital social de la misma sociedad. La disminución se produce porque se divide la cuenta de capital y, por ende, la sociedad escindida queda con un capital inferior. Esto con la salvedad, también formulada en el párrafo precedente, de las sociedades colectivas.

El artículo 95 de la ley de sociedades hace fe de esta conclusión al consignar expresamente que en la Junta General en que se acuerde la división debe aprobarse, entre otras materias, la disminución de su capital social.

B) Nacimiento de una o más Sociedades

295. ESTATUTOS Y SOCIOS

El objetivo de toda división de sociedades es asignar una o más cuentas del patrimonio de una persona jurídica preexistente a una sociedad nueva que nace del acto de división. La creación de esta última se impone, entonces, por imperativo de su propia naturaleza.

Ahora bien, la creación de toda sociedad supone la determinación de sus estatutos. Estos últimos no tienen necesariamente que ser los mismos de la sociedad preexistente, como tampoco es esencial que la nueva entidad tenga el mismo tipo social que la antigua. Todo ello depende de la voluntad de las partes, esto es, de los socios o accionistas de la sociedad escindida. Así por lo demás lo confirma expresamente -para el caso de las sociedades anónimas- el N° 2 del artículo 95 de la ley 18.046, que dice: "La división debe acordarse en Junta General Extraordinaria de Accionistas en la que deberán aprobarse las siguientes materias: 2) La aprobación de los estatutos de la o las nuevas sociedades a constituirse, los que podrán ser diferentes a los de la sociedad que se divide.

No obstante, es necesario que los socios de la o las nuevas sociedades sean los mismos que tenía la antigua. Lo que se divide -como se ha dicho- es la organización jurídico-administrativa del patrimonio de una persona jurídica, más no así el sustrato personal que la sostiene. Además, los únicos que tienen suficiente título para adquirir los derechos o acciones de la nueva sociedad no pueden ser sino, exclusivamente, los socios o accionistas de la sociedad dividida, pues sólo ellos tienen derecho a recibir no sólo las utilidades sino la cuota de liquidación de ésta. No se vislumbra entonces a qué título podrían perder o ceder a terceros este derecho. Antes de la división no estarían facultados para hacerlo sin perder su calidad de socios o accionistas, pues sólo en contadas ocasiones puede separarse de la condición de socio el derecho a percibir las utilidades o beneficios de la entidad. Después de la división, la nueva sociedad habría nacido ya con los mismos accionistas de la sociedad dividida y en tales circunstancias no se cedería el derecho a adquirir las acciones de la sociedad escindente sino las acciones mismas, aun cuando no estuvieren materialmente emitidos los títulos. Así se establece expresamente para las sociedades anónimas. El artículo 95 N° 2 de la ley 18.046 prescribe que la aprobación de los estatutos de la nueva sociedad "incorporará de pleno derecho a todos los accionistas de la sociedad dividida en la o las nuevas sociedades que se formen".

El artículo 100 de la ley 18.046 previene que ningún accionista, a menos que consienta en ello, podrá perder su calidad de tal con motivo de un canje de acciones, fusión, incorporación, transformación o división de una sociedad anónima. Pues bien, esta norma entendemos que se refiere a la calidad de accionistas de la sociedad escindida y no respecto a la o las escindentes, pues de lo contrario entraría en conflicto con el número 2 del artículo 95 de la ley citada.

296. LA NUEVA SOCIEDAD DEBE CUMPLIR CON LOS REQUISITOS Y FORMALIDADES DE SU RESPECTIVA FORMA SOCIETARIA

Aunque la afirmación que aparece en el título de este párrafo puede que parezca evidente, al momento de aplicar el principio de que las nuevas sociedades deben cumplir los requisitos y formalidades de sus respectivas formas societarias, surgen inconvenientes de forma y fondo.

De forma, porque no se sabe bien si los sobredichos requisitos y formalidades pueden cumplirse conjuntamente con aquellos que requiere el acto de modificación de la sociedad escindida o si, por el contrario, se debe obrar por separado, repitiendo si es necesario cada formalidad exigida por cada sociedad que nazca de la división, a saber, dos o más extractos, dos o mas publicaciones, dos o más inscripciones.

En nuestra opinión, la última posición se impone por imperativo práctico, pues si así no se hiciera, querría decir que las sociedades que habrían surgido producto de la división no tendrían propiamente inscripción ni publicación social, encontrándose ellas formando parte de la modificación de una sociedad distinta, situación que estimamos contraria a derecho y peligrosa desde el punto de vista de los objetivos que el orden jurídico pretende asegurar con las mencionadas inscripciones y publicaciones.

No debe concluirse lo mismo respecto de si se requiere una o más escrituras públicas o privadas. El acto de división es uno solo, por lo que una sola debe ser la escritura que da cuenta de él o a través de la cual se haya expresado el consentimiento. El problema, sin embargo, suele complicarse por otra vía. En efecto, las formas societarias que exigen para su constitución de escritura pública, se encuentran con el inconveniente de que, si nacen de una división de una sociedad anónima, no podrán cumplir con tal exigencia, pues el acuerdo de división se adopta en Junta a la que sólo se reduce el acta que da cuenta de la sesión y no por escritura pública. Esto, en principio, podría soslayarse mediante la comparecencia -por lo demás obligatoria según lo dispone la ley 18.046- de un notario público a la junta de accionistas que acuerde la división, de modo de hacer del acta que da cuenta de la sobredicha Junta una verdadera escritura pública.

Pero en relación con la división de sociedades anónimas han surgido también inconvenientes de fondo para poder llevar a la práctica el principio mencionado en cuanto a los requisitos del contrato a que da lugar la forma societaria de la compañía que surge de la división. En efecto, de acuerdo a lo señalado por la ley, la sociedad es un contrato que nace producto del acuerdo de voluntades de todas las partes que intervienen en su formación. Sin embargo, para adoptar un acuerdo de división de una sociedad anónima no es necesario contar con el consentimiento de todos los accionistas de la misma sino sólo del voto conforme de las dos terceras partes de las acciones emitidas con derecho a voto. De esta forma, puede suceder que la nueva sociedad no surja del consentimiento de todos los accionistas que concurren a su otorgamiento, lo que implica que a tal sociedad le faltó un requisito de la esencia de todo acto jurídico, cual es el de la voluntad. Es por ello, quizás, que el artículo 94 de la ley 18.046 no considera la

posibilidad que las sociedades que resulten de una división no sean sociedades anónimas.

C) Adjudicación de bienes y Asunción de Obligaciones

297. LA DIVISIÓN PUEDE CONSTITUIR UN TÍTULO TRASLATICIO DE DOMINIO. FORMACIÓN DE UNA COMUNIDAD DE BIENES

Hemos dicho anteriormente que todos y cada uno de los bienes y derechos de la entidad respaldan hasta por ese monto el valor de cada cuenta de la sociedad. Hemos dicho también que, mirado desde este punto de vista, una cuenta constituye la expresión de derechos sobre los bienes de la sociedad. De esto se sigue que quien resulte titular del todo o parte de una cuenta lo es tambien, hasta por el valor que representa la cuenta, de todos y cada uno de los bienes de la entidad y no lo es en parte alguna de sus obligaciones, pues una cuenta sólo es representativa de dinero o bienes y nunca de obligaciones.

Normalmente existe siempre un solo titular de las cuentas del patrimonio de una persona jurídica y éste es precisamente la propia persona de que se trata. Pero producto de una división de sociedades -y ésta, advertimos, es la única circunstancia en que puede presentarse el caso- puede suceder que una persona distinta al titular del patrimonio del cual forma parte la cuenta, puede resultar dueña del todo o parte de la misma.

Esto hace que la o las sociedades que surgieron de la división y a quienes se le asignaron la o las cuentas escindidas, sean dueñas, hasta por el monto que representa el valor de la cuenta asignada, de todos y cada uno de los bienes sociales, lo que convierte al acto de división en un título traslaticio de dominio. En otras palabras, ha surgido producto del acto de división una comunidad de bienes entre la sociedad escindida y la o las sociedades escindentes, comunidad que es necesario liquidar mediante la adjudicación de los distintos bienes de la compañía escindida. En estos casos, el haber de la sociedad escindente -como ocurre con toda participación de bienes- podrá ser enterado directamente por la sociedad escindida mediante el pago en dinero efectivo de una determinada cantidad de dinero. Si nada se dice respecto a la partición de la comunidad, nos parece inconcuso que ello importa dejarla indivisa.

Pero la división es título traslaticio de dominio sólo cuando a la sociedad que surge de la división se le asigna una cuenta representativa de una determinada cantidad de dinero y no recibe o sucede a la sociedad escindida en parte alguna de sus pérdidas o, sucediéndole, lo hace en una cantidad inferior al valor que representa la cuenta asignada. En tal caso, resulta una cifra positiva que es necesario respaldar con bienes o derechos, pues como se ha dicho, ello significa constituir a la sociedad escindente en comunera de los bienes sociales hasta por un monto en bienes y derechos igual al que representa el valor de la cuenta o, en su caso, el valor de la misma menos el monto de las pérdidas asignadas.

Si por el contrario, el valor de la pérdida asignada es superior al de la cuenta que recibe, es obvio que no procede que se le adjudique bien alguno, pues precisamente con la asignación de una pérdida mayor se está queriendo significar que no existe el contenido real de la cuenta asignada.

Pero se debe advertir que la división constituye título traslaticio de dominio aun en el caso de que la sociedad escindente asuma una parte de las obligaciones de la sociedad escindida por un monto igual o incluso superior al valor de las cuentas asignadas. Hemos dicho anteriormente que la única forma de dar cuenta de la inexistencia del contenido real de una cuenta es mediante la creación de una pérdida. Si como sucede en este caso, se le asigna a la nueva sociedad una cuenta representativa de un valor determinado, sin la consiguiente asignación de pérdidas, debe ingresar a dicha nueva sociedad una cantidad equivalente de bienes al valor de la cuenta. El hecho de que también asuma obligaciones de la sociedad dividida significará a lo sumo que podrá utilizar los bienes recibidos en respaldo del valor de la cuenta asignada precisamente para pagar las obligaciones asumidas en virtud del acto de división.

298. HABIENDO SURGIDO UNA COMUNIDAD DE BIENES ES NECESARIO PROCEDER A SU DIVISIÓN. TASACIÓN DE BIENES

Habiendo surgido una comunidad de bienes entre la sociedad escindida y las escindentes es necesario proceder a su terminación por la división de los bienes que constituyen el haber común representado por los bienes y derechos de la sociedad.

El haber de cada comunero está representado por el valor de las cuentas que le hubieren sido asignadas en virtud del acto de división menos, eventualmente, el valor de las pérdidas que se conserven por la sociedad escindida o se reciban por la o las sociedades escindentes.

Para proceder a la adjudicación de los bienes objeto de la partición es necesario proceder previamente a su tasación, pero como el valor de las respectivas cuentas resulta de aquel que tenían en el balance que se utilizó para efectuar la división, se debe recurrir a los valores de tasación de bienes que figuraban en el mismo balance, pues de lo contrario, si se tasaren a un valor distinto, ya sea superior o inferior, dicha tasación debería redundar en una modificación de las cuentas del patrimonio dividido, aumentando las utilidades si se tasaren los bienes a un mayor valor o aumentando las pérdidas si lo hicieren a un menor valor. Eso significaría que debería entonces procederse a la modificación del balance, lo que cambiaría la base sobre la que se efectuó la tasación.

Los valores que figuran en el balance corresponden al valor libros de cada bien de la sociedad, por lo que, en conclusión, se debe sostener que para efectuar la adjudicación debe considerarse el valor con que figuraba cada bien en los libros de la sociedad.

299. La sociedad escindente puede asumir obligaciones de la escindida. Efectos respecto al acreedor

En virtud de la partición a que da lugar una división de sociedades, la o las sociedades escindentes pueden asumir obligaciones de la sociedad escindida mediante el expediente de adjudicarle bienes de mayor valor que el de las cuentas que se le hubieren asignado y obligaciones de la antigua sociedad hasta por un monto que, restado al de los bienes, arroje como resultado un valor igual al de la cuenta asignada.

Si el acreedor otorga su consentimiento para que la nueva sociedad sustituya a la antigua en el cumplimiento de la obligación, se produce una novación por cambio de deudor. Pero a falta de este consentimiento, la asunción de la obligación por parte de la sociedad escindente le resultará al acreedor enteramente inoponible, pudiendo perseguir al primitivo deudor por el pago de su acreencia o al nuevo deudor ya sea como su diputado para hacer el pago o como obligado solidario o subsidiario, según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto. (Artículo 1.635 Código Civil).

Si con motivo de lo anterior es la antigua sociedad la que efectúa el pago, surgirá un crédito en su favor contra la sociedad escindida para exigir el reembolso de lo pagado, todo ello en virtud del acto de división.

SECCIÓN CUARTA
FUSIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS

300. Concepto

La fusión consiste en la reunión de dos o más sociedades o personas jurídicas en una sola que las sucede en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorpora la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados. Ésta es más o menos la definición contenida en el artículo 99 de la ley 18.046.

Sin embargo, dicha definición no da una verdadera noción del acto jurídico que se ejecuta o celebra. En realidad, la fusión consiste en la disolución anticipada y en el aporte del patrimonio de una o más personas jurídicas a otra ya existente o que se crea para tales efectos[420]. La fusión es, entonces, un acto jurídico, entre los distintos socios o accionistas de las sociedades intervinientes y en el cual los intereses contrapuestos están representados principalmente por la determinación del grado de participación social que a cada uno de ellos le corresponderá en la sociedad absorbente y el tipo de estatutos de ésta.

---

420 Ripert señala que la fusión lleva consigo la desaparición de la sociedad, por el aporte global de sus bienes a una nueva sociedad. Agrega más adelante, que la fusión se realiza mediante el aporte que hace la sociedad absorbida a la otra de todo su activo con cargo de pagar todo el pasivo. Georges Ripert, Tratado Elemental de Derecho Comercial. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, tomo II, págs. 548-549.

Como se desprende de lo expuesto, la fusión de sociedades es un acto jurídico que afecta a la personalidad de las sociedades que son objeto de ella, a la duración y al patrimonio de las mismas, a sus socios o accionistas y a terceros. En ese mismo orden serán tratados los temas mencionados.

301. La fusión extingue la personalidad jurídica. Consecuencias

En primer término, es necesario señalar que la fusión es siempre causal de extinción de la personalidad jurídica si bien no de todas por lo menos de una de las sociedades intervinientes. En efecto, de acuerdo a la clasificación contenida en el artículo 99 de la ley de sociedades anónimas, hay dos tipos de fusión. Fusión por creación, que es aquella que se produce cuando el activo y pasivo de dos o más sociedades que se disuelven se aporta a una nueva sociedad que se constituye; y fusión por incorporación, que es aquella que se produce cuando una o más sociedades que se disuelven son absorbidas por una sociedad ya existente, la que adquiere todos sus activos y pasivos.

Pues bien, en el caso de fusión por creación, se extingue la personalidad jurídica de todas las sociedades intervinientes, de forma que el patrimonio de todas ellas es adquirido por una nueva sociedad que nace producto de la fusión. En el caso de fusión por incorporación, se extingue la personalidad jurídica de la o las sociedades que son absorbidas en virtud de la fusión, subsistiendo la personalidad de la sociedad absorbente.

Si aceptamos que existe extinción de la personalidad jurídica de las sociedades intervinientes -lo que a la luz de nuestra legislación es un hecho indiscutible por existir texto expreso de ley- debemos concluir necesariamente que no existe fusión de personalidades[421], lo que importa sostener que la sociedad que absorbe el patrimonio de las otras ya sea por creación o por incorporación no absorbe sin embargo su personalidad, pues ésta queda extinguida por el solo acto de la fusión. Ya hemos advertido anteriormente que la personalidad es algo que excede con creces el concepto de patrimonio que no es más que uno de sus atributos. Si no absorbe su personalidad porque quedó extinguida, la absorbente no puede atribuirse para sí, así como tampoco pueden atribuirle a ella, ni los derechos ni las obligaciones patrimoniales o extrapatrimoniales que, de existir como personas, habrían nacido para las sociedades absorbidas después de la fusión. Respecto a los derechos y obligaciones extrapatrimoniales de las sociedades absorbidas, verbigracia, una menor o mayor cotización para accidentes del trabajo, la sociedad absorbente no puede sucederles ni siquiera en aquellos que existían antes de la fusión, pues ellos se conceden o se imponen en consideración a la persona y no a su patrimonio.

---

421 Ripert, no obstante, sostiene al parecer lo contrario. Dice al respecto: "La fusión tomada como una operación indivisible no hace desaparecer las sociedades sino por absorción, se considera, pues, que la antigua sociedad sobrevive en la nueva". Sin embargo, en honor a la verdad, el citado autor está tratando de proteger con dicho argumento a los accionistas minoritarios. Véase Tratado Elemental de Derecho Comercial, op. cit., pág. 549.

302. NO HAY FUSIÓN EN LA REUNIÓN DE TODAS LAS PARTICIPACIONES SOCIALES EN UNA SOLA MANO

Contrariamente a lo que pudiera creerse, la reunión en una sola mano de todas las participaciones sociales no produce una fusión de sociedades sino, solamente, da lugar a la disolución de la sociedad de que se trate, pero no extingue su personalidad jurídica, la que continúa vigente para los efectos de su liquidación. Liquidada la compañía, esto es, extinguidas sus obligaciones, los bienes que resten ingresan a formar parte del patrimonio de único titular de todas las participaciones de la sociedad disuelta, pero esos bienes no constituyen propiamente un patrimonio sino, simplemente, haberes que resultan del proceso de liquidación[422].

Esto se comprueba con mayor certeza si se considera lo que es verdaderamente una fusión de sociedades. Es, como se ha dicho, un acto entre los distintos socios o accionistas de las sociedades que se fusionan. La compra de todas las participaciones sociales de una compañía supone una relación jurídica entre una persona que no necesariamente es socia o accionista de otra y los titulares de todas las participaciones sociales de una compañía que, precisamente a consecuencia de la venta de las mismas, se disuelve. La relación jurídica es completamente diversa. Es diferente el objeto, que en este caso son las acciones y en la fusión es el patrimonio que se aporta. Es diferente su causa, que en este caso es el precio que se recibe por las acciones y en la fusión es la participación que se adquirirá en la sociedad absorbente. Son diferentes las bases del negocio, son diversos sus efectos. No hay por consiguiente nada que tengan en común.

Debe hacerse presente que el inciso 3 del art. 110 de la ley de sociedades anónimas establece que si la sociedad se disuelve por reunirse las acciones en manos de una sola persona, no será necesaria la liquidación. Constituye lo anterior una clara excepción al principio que hemos enunciado.

303. EXISTE FUSIÓN DE PATRIMONIOS. CONSECUENCIAS

De lo expuesto precedentemente, se debe llegar a la conclusión de que, en virtud de la fusión de sociedades, se produce entre otras cosas, una fusión de los distintos patrimonios de las sociedades intervinientes o, si se quiere, la sucesión por parte de la sociedad absorbente de las distintas universalidades jurídicas constituidas por los patrimonios de las absorbidas[423-424-425].

---

422 La opinión es compartida por la doctrina. Ascarelli, op. cit., pág. 200 y los demás citados por el mismo autor tales como Ferri y Greco; Messineo, op. cit., pág. 563. Sólo Vivante al parecer se opone, según Ascarelli.

423 Ferrara señala como una de las características principales de la Fusión de Sociedades el hecho de que "la sociedad incorporante o la resultante de la fusión adquiere el patrimonio de la sociedad incorporada, se produce una sucesión *in universum ius*, a título universal, de modo que todos los bienes, créditos y deudas de la sociedad que se extingue pasan a la sociedad a que se incorpora o a la creada por fusión". Ferrara, Francisco, Empresarios y Sociedades, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, págs. 381-382.

Esto significa que la sociedad absorbente sucede a las antiguas, esto es, recibe de ellas la organización jurídico-administrativa de sus respectivos patrimonios, sin que se vea alterada ni la condición legal ni la función que cada una de las cuentas y pérdidas de los distintos patrimonios desempeñaban en ellos.

De esta forma, al producirse una fusión de patrimonios, es necesario analizar cuáles son los efectos y qué tipo de alteraciones se producen en la estructura jurídico-administrativa de los patrimonios fusionados, fundamentalmente en lo que respecta a cómo quedan o más bien cómo se acomodan en un solo patrimonio las distintas cuentas de capital, utilidades y reservas y las pérdidas de los patrimonios intervinientes.

304. Comportamiento de las cuentas de capital de los distintos patrimonios fusionados

Hemos dicho que el capital de una persona jurídica constituye una cifra numérica representativa de bienes y derechos que los socios se han obligado a no retirar de la sociedad. Hemos dicho también que la única manera de reducir esta cantidad es mediante una reforma de estatutos que sólo puede tener efectos para el futuro, vale decir, que resulta inoponible a los acreedores que hubieren contratado con la sociedad en una fecha anterior a la de la modificación. Pues bien, como por el hecho de la fusión de sociedades no se ha producido una disminución de capital en ninguna de las sociedades intervinientes a menos que se pacte, lo lógico es concluir que las distintas cuentas de capital de las sociedades absorbentes y absorbidas se suman, pues de lo contrario significaría sostener que, con motivo de la fusión, se ha producido una disminución indirecta de capital, lo que perjudicaría a los acreedores de todas las sociedades intervinientes, pues los socios o accionistas que resultaren después de la fusión tendrían derecho a retirar de la sociedad una cantidad que antes de la fusión no estaban facultados para recibir a tal título. Conservando las distintas cuentas de capital intactas, se conserva también intacta la garantía de que, al menos, no podrá ser repartida entre los socios una cantidad en bienes y derechos idéntica a la suma de los distintos capitales de las sociedades intervinientes. Si producto de la redacción de los nuevos estatutos de la sociedad absorbente, aparece un capital inferior a la suma de todos los capitales de las sociedades intervinientes, querrá decir que los socios

---

424 Ascarelli habla también de una "verdadera sucesión entre vivos en una universalidad de derecho". Ascarelli, Tulio. Sociedades y Asociaciones Comerciales. Ediar S.A. Editores, Buenos Aires, 1947, pág.202.

425 Es interesante anotar la opinión de Ripert en este sentido. Señala dos cosas: 1. Que el aporte que la sociedad absorbida hace de su activo es con cargo de pagar todo el pasivo; y 2. Que la transmisión del patrimonio global es posible porque desaparece el titular de este patrimonio. Ripert, op. cit., pág. 549.

disminuyeron el capital social, disminución que será inoponible a los acreedores de las distintas sociedades que lo eran por contratos anteriores a la fusión[426].

Por otra parte, si dichas cuentas de capital no se sumaren, se alteraría la condición legal y la función jurídico-administrativa que ella desempeñaba en el patrimonio antes de la fusión, lo que importa negar uno de los efectos principales del acto de fusión, cual es la mantención de las cuentas y pérdidas de los patrimonios fusionados.

305. COMPORTAMIENTO DE LAS DEMÁS CUENTAS DE LOS PATRIMONIOS FUSIONADOS

En principio, se debe sostener que se conservan todas aquellas cuentas que cumplían en los respectivos patrimonios a los que pertenecían una determinada función jurídico-administrativa, sumándose las que cumplían idéntico papel.

Asimismo, se debe sostener que deben desaparecer todas aquellas cuentas formadas por mandato de la ley o de los socios atendido el tipo social o la naturaleza de los negocios de la o las sociedades absorbidas, siempre que la sociedad absorbente no tenga obligación de formarlas por mandato de la ley o de sus propios estatutos. Sin embargo, la desaparición de tales cuentas no puede producirse por el solo ministerio de la fusión sino, por el contrario, es menester que exista un acuerdo de los socios en tal sentido o del órgano de la persona jurídica absorbente que por estatutos o por la costumbre tenga facultad para hacerlo.

306. COMPORTAMIENTO DE LAS PÉRDIDAS

En cuanto a la coexistencia de utilidades y pérdidas en la sociedad absorbente con motivo de la fusión, debemos reiterar lo dicho cuando analizamos el caso a propósito del patrimonio de las personas jurídicas. Es inconcebible la coexistencia de utilidades y pérdidas del mismo ejercicio, pues las segundas se restan a las primeras y el resultado de esta operación dará lugar a un solo concepto dentro del patrimonio de la sociedad absorbente ya sea de utilidades del ejercicio si la cifra es positiva, ya sea de pérdidas del ejercicio si la cifra es negativa. Asimismo, en principio, no es aceptable la coexistencia de pérdidas con utilidades retenidas de ejercicios anteriores, debiendo estas últimas cubrir a las primeras en términos de hacerlas desaparecer.

---

426 Ripert, op. cit., pág. 548; Ascarelli, op. cit., pág. 201 y Messineo Francesco, "Derecho Civil y Comercial". Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, tomo V, pág. 562, sostienen que se produce un aumento de capital, aunque se debe advertir que dichos autores no hablan propiamente de "cuentas de capital", sino que señalan que el aumento se produce con la aportación que las absorbidas hacen a la absorbente. No obstante Messineo en pág. 561 señala que la sociedad absorbente asume todas las obligaciones de las absorbidas, comprendiendo dice, "el débito constituido por el capital", lo que supone claramente que comparte la afirmación que los capitales se suman.

Pero lo expuesto debe entenderse sólo como principio general, pues el establecimiento de cuentas de utilidades en alguno de los patrimonios objeto de la fusión, a veces, no sólo tiene por objeto indicar la existencia de cantidades de dinero destinadas a ser repartidas entre los socios o accionistas, sino el de dar cuenta de una especial condición de las mismas o de las cantidades de dinero que representan. En este caso, absorber las pérdidas con dichas utilidades constituye pasar por alto la norma legal, estatutaria o incluso el acuerdo de los socios que les dio origen.

En fin, nos remitimos en todo a lo sostenido en el párrafo titulado "Coexistencia de Utilidades y Pérdidas".

Sin embargo, debe advertirse que, en lo que respecta a pérdidas tributarias, el criterio del Servicio de Impuestos Internos es otro, pues considera que éstas sólo permanecen en la medida que subsista la persona jurídica en la que se generaron. En otras palabras, las pérdidas tributarias de las sociedades absorbidas desaparecen.

307. LA FUSIÓN COMO ACTO JURÍDICO. ELEMENTOS, CARACTERÍSTICAS

La fusión es en realidad un acto jurídico por el cual los socios o accionistas de todas las sociedades intervinientes aportan la totalidad del activo y pasivo de las respectivas sociedades a otra persona jurídica existente (fusión por incorporación) o a una nueva que se crea para tales efectos (fusión por creación). En el caso de la primera, los socios de la entidad que recibe la totalidad de los activos y pasivos de las demás no aportan en realidad nada, pero es como si lo hicieran dado que aceptan compartir lo suyo con los socios de las demás. La única diferencia es que facilitan la persona jurídica de que son dueños a fin de que se produzca al interior de su patrimonio la fusión que se proyecta.

Como todo acto jurídico, supone un acuerdo de voluntades entre las partes que lo ejecutan o celebran, acuerdo que debe recaer sobre un objeto determinado y en virtud de una causa precisa, aunque no sea necesario expresarla.

El objeto del acto jurídico es sin duda el aporte que los socios de las compañías intervinientes en la fusión hacen de la totalidad del activo y pasivo, esto es, del patrimonio de la entidad que les pertenece. Lo que debe darse o hacerse en virtud del acto de fusión es transferir el dominio de todos los bienes de la sociedad que se absorbe a la sociedad absorbente al mismo tiempo de que esta última también se hace cargo del pago de las obligaciones contraídas por las absorbidas. Es efectivo que los socios de la absorbente, si se trata de una fusión por incorporación, no efectúan aporte alguno, pero aceptan compartir los activos de su compañía con los socios de las otras. Se podrá decir que esto no se hace directamente sino a través de la compañía absorbente que poseen y administran, pero eso no puede hacer cambiar la verdadera naturaleza del objeto del contrato, que es lo que verdaderamente nos interesa precisar en este párrafo.

La causa de esto que hemos venido en llamar aporte o transferencia de bienes y trasmisión de obligaciones no es otra que el grado de participación social

que los distintos socios de las sociedades intervinientes adquirirán en la sociedad absorbente.

El acto no puede ser calificado como un contrato bilateral, porque si bien engendra obligaciones para todas las partes, éstas no se gravan recíprocamente. Es un contrato plurilateral. No es gratuito, porque persigue la utilidad de todos los contratantes, pero siendo evidentemente oneroso no lo es en los términos de la ley, pues cada parte no se grava en beneficio de la otra. Puede ser considerado conmutativo porque el porcentaje o grado de participación social que alcanza un socio en la sociedad absorbente se mira como equivalente a lo que los otros socios alcanzan en la misma con sus respectivos aportes.

308. LA FUSIÓN COMO ACTO JURÍDICO. PROCEDIMIENTO

Se debe considerar en primer lugar que la fusión es un acto jurídico entre los socios o accionistas y no entre sociedades o personas jurídicas. Esto significa que es requisito previo que los socios o accionistas de las distintas sociedades involucradas acuerden por separado las condiciones en que se hará la fusión y los estatutos de la sociedad absorbente. Estos actos tienen el carácter de preparatorios al contrato definitivo de fusión, el cual, normalmente, se ejecuta o celebra por un mandatario o representante de cada uno de los socios o accionistas de las sociedades intervinientes, nombrado por ellos, y que en el fondo ejecuta o da cumplimiento al acto de fusión acordado[427].

Entre las condiciones en que se hará la fusión se encuentran involucrados principalmente dos asuntos: La individualización de los patrimonios fusionados, que constituye el objeto del acto jurídico que se ejecuta o celebra, y la determinación del porcentaje de participación social que le corresponderá a los socios en la sociedad absorbente, que constituye su causa.

Estas materias deben ser objeto del acuerdo de voluntades de los distintos socios o accionistas de las sociedades involucradas en la fusión. En las sociedades anónimas, donde no se requiere la unanimidad para acordar una fusión, surge la cuestión de determinar cómo puede atribuírseles una voluntad favorable a todos aquellos accionistas que votaron en contra de la fusión. Creemos que la respuesta se encuentra en la propia ley de sociedades anónimas, pues la fusión concede a los accionistas disidentes el derecho a retirarse de la sociedad. Si no ejercen este derecho es porque consienten en la fusión.

1. Estatutos de la sociedad absorbente

Resulta obvio que los distintos socios o accionistas de las entidades objeto de la fusión deben aprobar los estatutos de la sociedad en la que definitivamente

---

427 Messineo señala que "las deliberaciones separadas de fusión adoptadas por cada una de las sociedades constituyen actos preparatorios de la futura fusión. Para obtener ésta es necesario un autónomo acto ulterior". Messineo, op. cit., pág. 562.

quedarán como socios. Así se prescribe expresamente para las sociedades anónimas en el último inciso del artículo 99 de la ley 18.046, que establece que los estatutos de la sociedad creada o de la absorbente deben ser aprobados en junta general.

No hay limitaciones en cuanto al contenido de los mismos ni a la naturaleza de la sociedad absorbente. Se pueden entonces fusionar personas jurídicas de distinto tipo social, pero los efectos que esa modificación vaya a producir respecto de terceros queda supeditada a la voluntad de éstos, pues no podrían resultar perjudicados con motivo de un acto que, en esta materia, les resulta inoponible[428].

2. *Individualización de los patrimonios fusionados*

Esta operación comprende la determinación del valor de las distintas cuentas sociales y la tasación o valorización de los bienes, derechos y obligaciones que conforman el activo y el pasivo de los distintos patrimonios. Esto se hace mediante el estudio de cada una de las sociedades objeto de la fusión, estudio que se concluye con un balance general de cada una de ellas, el que obviamente tiene que ser aprobado por los socios o accionistas de cada una de las personas jurídicas involucradas en la fusión. La aprobación de estos balances supone la aprobación del valor de tasación de los bienes derechos y obligaciones con que figuran en los balances respectivos y que corresponde al valor de libros que tenían en la sociedad a que pertenecían. Obviamente si hubiere desacuerdo en torno al valor de los mismos ello supondría una corrección del valor de libros de los respectivos bienes y la consiguiente confección de un nuevo balance o la corrección del antiguo, pues los nuevos valores influirán en las cuentas de la sociedad o en sus pérdidas. Es por ello que, para el caso de las sociedades anónimas, el último inciso del artículo 99 de la ley 18.046 exige que los balances auditados y los informes periciales de las sociedades objeto de la fusión sean aprobados en junta general extraordinaria de accionistas.

3. *Determinación de la participación social en la absorbente*

Es importante detenerse a considerar o preguntarse por los criterios que se utilizan para determinar la participación que le corresponderá a cada socio o accionista de las entidades involucradas en la fusión en la compañía absorbente. Creemos que la interrogante no es susceptible de una respuesta única, pues la solución no pasa necesariamente por determinar el valor de cada uno de los patrimonios fusionados y hacer la distribución en proporción a los mismos, esto es, en base a la comparación de los balances. Pueden, evidentemente, utilizarse

428 Ferrara sostiene también que "la fusión puede efectuarse entre sociedades del mismo tipo o de clase distinta, entre dos sociedades o varias. Pueden fusionarse varias sociedades anónimas entre sí, o varias colectivas, o varias simples, o bien alguna de ellas con alguna o varias de las otras". Ferrara, Francesco, Empresarios y Sociedades, op. cit., pág. 382.

otros criterios diferentes. La valorización de las entidades o empresas involucradas no necesariamente debe hacerse en la forma expuesta. Se pueden utilizar, en virtud del principio de la libertad contractual, otros criterios. Se podría recurrir -por ejemplo- al valor bolsa de las distintas sociedades; o al que resulte del informe elaborado por peritos nombrados de común acuerdo por los socios o accionistas. Podría también considerarse la utilidad que preste para los accionistas el aprovechamiento de las pérdidas de la sociedad absorbente. En fin, numerosos e indeterminados son los criterios que la voluntad de los accionistas puede idear para efectuar la distribución de las acciones o derechos.

Para el caso de las sociedades anónimas existe una sola limitación. Consiste en que ninguno de los socios o accionistas de las entidades intervinientes pueden perder su calidad de tal (artículo 100 Ley 18.046). Pero conservar la calidad de accionista no constituye en el hecho garantía alguna, pues lo importante es el grado de participación. Se puede ser socio o accionista poseyendo un insignificante porcentaje de participación social y, con ello, se habría dado cumplimiento a la norma legal.

Ahora bien, el último inciso del artículo 99 de la ley 18.046 señala que, "aprobados en junta general los balances auditados y los informes periciales que procedieren de las sociedades objeto de la fusión y los estatutos de la sociedad creada o de la absorbente, en su caso, el directorio de ésta deberá distribuir directamente las nuevas acciones entre los accionistas de aquéllas, en la proporción correspondiente". La pregunta que surge de inmediato es ¿qué entiende la ley por la "proporción correspondiente"? Pudiera pensarse que como el propio artículo empieza refiriéndose a los balances auditados y los informes periciales, la proporción correspondiente es aquella que resulta de la comparación de los respectivos balances auditados, con lo cual, la ley de sociedades anónimas fijaría un criterio único para la determinación de la participación social en la absorbente. Sin embargo, creemos que esa interpretación es incorrecta. Primero, porque no existe razón objetiva de orden público, de protección de los intereses de los accionistas o de cualquier otro orden que sugiera siquiera la conveniencia de establecer una limitación semejante a la autonomía contractual. Segundo, porque con la alusión que el propio artículo hace a los "informes periciales" se acepta que la determinación del patrimonio objeto de la fusión no se haga sólo en base a los balances sino también en base a dichos informes, con lo cual la distribución de las acciones puede hacerse, entonces, en "la proporción correspondiente" a dichos informes; y Tercero, porque la propia ley rompería con el principio sustentado al prescribir que ningún accionista puede ser privado de su condición de tal por el hecho de una fusión.

Nosotros consideramos que la ley entiende por proporción correspondiente, aquella que resulta o que corresponde al acuerdo adoptado por los socios o accionistas de las distintas entidades intervinientes, el cual no admite otras limitaciones en cuanto a su naturaleza y objeto que no sean aquellas generales establecidas en la legislación común para todo tipo de actos jurídicos[429].

---

429 Ascarelli tampoco pone obstáculo. Dice que los socios de las entidades antes de la fusión lo

309. Efectos de la fusión frente a terceros

Debemos empezar advirtiendo que los terceros que se podrían ver afectados por el acto de fusión son los acreedores de las sociedades intervinientes. Se ven afectados por igual los de las absorbidas como los de la absorbente, pues con la fusión se produce en el patrimonio resultante una nueva relación activo-pasivo. Sin embargo, se debe advertir que, en el caso de fusión por incorporación, la sociedad absorbente no sufre ningún tipo de alteración en sus obligaciones, pues no extinguiéndose su personalidad, no se produce la novación atendido que por eso mismo no hay cambio de deudor.

Aunque en todo esto se encuentre involucrada la novación por cambio de deudor como institución cuyas normas pueden entrar a normar la materia en análisis, no resulta procedente enfocar el problema sólo desde este prisma, pues no es la única ni la más importante cuestión que se suscita con ocasión de la fusión de sociedades. Hemos advertido precedentemente que la fusión produce la disolución y la extinción de la personalidad de las sociedades intervinientes con excepción de la absorbente en el caso de fusión por incorporación. Esta es la verdadera cuestión que se suscita con motivo de la fusión. El problema de sus efectos respecto a terceros debe resolverse a la luz de lo que verdaderamente se ha producido. La novación de las obligaciones de las sociedades absorbidas se produce como una consecuencia necesaria de la extinción de sus personalidades, de manera que lo primero que debemos preguntarnos es si dicha extinción puede oponerse a los terceros y bajo qué respectos.

En principio, se debe hacer presente que la disolución de una sociedad es un hecho que puede oponerse a los terceros sean o no acreedores de la sociedad. En realidad es un hecho que normalmente no les afecta, pues a pesar de que opere la sobredicha disolución, la personalidad de la entidad no se extingue sino que por el contrario continúa vigente para el solo efecto de su liquidación. Es efectivo que esto se ha discutido en el caso de las sociedades colectivas civiles, pero nosotros concluimos, así como también lo ha hecho la jurisprudencia, que en este caso opera la liquidación como si se tratara de cualquier otra sociedad.

El problema con la fusión es que afecta a los acreedores de las sociedades involucradas porque con ella se extingue la personalidad jurídica de sus deudoras sin que proceda la liquidación de las mismas, proceso que asegura el pago de sus obligaciones, sin que tengan que concurrir sobre los bienes de la deudora conjuntamente con otros acreedores que no lo eran de la sociedad. En el caso de la fusión no se procede a la liquidación de las sociedades absorbidas porque hay otra, la absorbente, que las sucede en todos sus derechos y obligaciones. Ocurre entonces algo similar a lo que se produce con ocasión de la muerte de una persona natural, cuyos herederos le suceden en todos sus derechos y obligaciones

---

serán en la nueva "proporcionalmente a la propia participación en la antigua sociedad, y según un plan de igualdad sobre la medida de la participación en la vieja sociedad y la de la participación en la sociedad nueva, que resulta, precisamente, del plan de fusión.

transmisibles, pero concediéndoles el orden jurídico a los acreedores hereditarios y testamentarios el beneficio de separación, por el cual pueden éstos pedir que no se confundan los bienes del difunto con los del heredero y que se cumplan tales obligaciones con preferencia a las deudas propias de éste (artículo 1.378 del Código Civil).

Sin embargo, nuestro Derecho no concede un beneficio semejante a los acreedores de las sociedades intervinientes en una fusión. Las legislaciones comparadas[430] conceden normalmente un plazo a los acreedores de las sociedades involucradas para que se opongan a la fusión, en cuyo caso se procede a la suspensión de la misma mientras se resuelve la cuestión. Tampoco existe en nuestro ordenamiento jurídico una disposición semejante. ¿Cómo entonces resolver esta cuestión?

En primer término, se debe señalar que el artículo 99 de la ley 18.046, sobre sociedades anónimas, implícitamente acepta y sanciona la existencia de una novación por cambio de deudor al establecer que la sociedad absorbente adquiere el activo y el pasivo de las absorbidas. Si adquiere los pasivos, esto es, sus obligaciones, es porque la otra sociedad -que expresamente reconoce que se disuelve- queda liberada del cumplimiento de las mismas, tanto más cuanto ha dejado de existir. Por otra parte, el inciso 4 del mismo artículo prescribe que en los casos de fusión no procede la liquidación de las sociedades fusionadas o absorbidas.

Tratándose de sociedades anónimas el problema está resuelto en nuestra legislación: Las sociedades absorbidas se extinguen, les sucede la absorbente en todos sus derechos y obligaciones, ha operado una novación por cambio de deudor y no procede la liquidación de las sociedades absorbidas.

Cuando no se trate de sociedades anónimas no hay ley que autorice la novación por cambio de deudor así como tampoco una que señale expresamente que no procede la liquidación en caso de fusión. ¿Quiere decir esto que las personas jurídicas que no sean sociedades anónimas no se pueden fusionar si no cuentan con el consentimiento de sus acreedores? No, desde luego pueden hacerlo en virtud del pricipio de la libertad contractual, pero no se producirá una novación por cambio de deudor producto de la fusión, la que en teoría será inoponible a los acreedores de la sociedad disuelta.

Pero la fusión es un hecho más que una situación jurídica cuyos efectos pueden desconocerse o no. Los hechos, por el contrario, no pueden desconocerse.

---

430 El artículo 2.503 del Código Civil Italiano dice: "2.503. Oposición de los acreedores. La fusión se puede realizar sólo después de tres meses de la inscripción de las deliberaciones de las sociedades que participan en ella, salvo que conste el consentimiento de los respectivos acreedores, el pago de los acreedores que no han dado el consentimiento o el depósito de las sumas correspondientes en un instituto de crédito.

Durante el término indicado los acreedores de las sociedades participantes en la fusión pueden hacer oposición.

El tribunal, no obstante la oposición, puede disponer que la fusión tenga lugar previa prestación por parte de la sociedad de una garantía idónea".

A los acreedores de las sociedades objeto de la fusión les interesará, cuando ésta los perjudique, impedirla; y tienen derecho a hacerlo, pues si bien no existe norma expresa que los autorice, el ordenamiento jurídico no puede amparar -como no lo hace en situaciones similares- que se vean perjudicados los intereses de unos acreedores en beneficio de otros. Se podrá intentar medidas precautorias tendientes a prohibir la celebración de semejante acto jurídico, en fin, quedará en manos de la justicia ordinaria determinar si procede o no la fusión, siempre que los acreedores recurran a ella[431].

Lo mismo debe decirse para el caso de la fusión de sociedades anónimas. No por el hecho de que la ley autorice la fusión o confusión de patrimonios con novación subjetiva de obligaciones, puede pensarse que el ordenamiento jurídico no ampare a los acreedores que se vean perjudicados con la fusión. Los ampara de igual forma como lo hace cuando se trate de otro tipo de sociedades y lo hace por las mismas vías.

431 Al respecto Ripert señala que los acreedores tienen la alternativa de exigir el pago inmediato de sus acreencias en dos casos: 1. Cuando la fusión disminuya el buen estado del patrimonio; 2. Cuando no han consentido en la fusión. Op. cit., tomo II, párrafo 1423, pág. 550.

CAPÍTULO X

EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

310. CONCEPTOS GENERALES

Tradicionalmente se han clasificado las causas de extinción de las personas jurídicas con base corporativa en tres: desaparición de la asociación; falta de fin; y pérdida de la capacidad jurídica.

A) Desaparición de la Asociación

La asociación puede desaparecer por las siguientes causas: por desaparecer los sustratos que la componen; por disolución de la asociación; y por perder su identidad.

1° Desaparición del sustrato. El sustrato de la persona jurídica con base corporativa con sus asociados o miembros. Si todos ellos desaparecen, resulta evidente que la entidad se destruye, pues la personalidad jurídica no puede quedar pendiendo en el vacío.

2° Disolución de la asociación. Tomando en consideración que la personalidad jurídica es una forma concedida a los particulares para la mejor consecución de sus objetivos, si éstos disuelven la asociación, resulta obvio que, junto con ella, se pierda la personalidad jurídica que ostentaba. Lo anterior, que resulta plenamente efectivo en relación con las sociedades, no lo es tanto con respecto a las corporaciones, pues éstas no pueden disolverse por sí mismas sin la aprobación de la autoridad que legitimó su existencia.

3° Pérdida de su identidad. La asociación pierde su identidad porque es absorbida por otra asociación, porque se fusiona con otra, o porque se fracciona o divide en varias partes, cada una con personalidad jurídica propia.

B) Falta de Fin

La asociación se extingue también porque su objeto desaparece. Ello sucede en tres casos: porque se ha consumado; porque se ha hecho imposible; y porque se hace ilícito.

1° **Consumación del fin.** La asociación se extingue por el hecho de haberse obtenido su objeto, a menos que éste se transforme consistiendo en adelante, en su conservación.

2° **El fin se hace imposible.** La imposibilidad puede ser absoluta o relativa. Es absoluta cuando el fin no se puede lograr por nadie; es relativa, cuando dicho fin no lo puede conseguir la asociación, atendidos sus medios. Este segundo caso es el más frecuente; y suele estar constituido en la práctica por la pérdida del patrimonio de la asociación o por su insolvencia.

3° **El fin se hace ilícito.** Si el objeto de la persona jurídica contraviniere a la ley o al orden público o a las buenas costumbres resulta obvio que la personalidad debe desaparecer.

C) Pérdida de la Capacidad Jurídica

En estos casos, la personalidad de la entidad es suprimida por acto de la misma autoridad que se la concedió.

Las personas jurídicas con base fundacional pueden extinguirse por desaparecer su sustrato; esto es, por destruirse los bienes destinados a su mantención; por haber logrado su fin o por hacerse éste imposible o ilícito, o por perder su capacidad jurídica.

311. CÓMO OPERA LA EXTINCIÓN

La extinción de la personalidad jurídica puede ser instantánea o sucesiva, esto es, puede extinguirse en el momento preciso en que ha incidido la causal de extinción o, por el contrario, puede iniciarse su extinción en un momento determinado, continuando, sin embargo, viva la entidad hasta su extinción total.

La extinción de la personalidad jurídica de una entidad es instantánea cuando otra persona la sucede en todos sus derechos y obligaciones, cosa que ocurre en los casos de absorción, fusión, adquisición en una sola mano de todas las participaciones sociales, etc.

La extinción de la personalidad jurídica se produce en forma sucesiva, en todos los casos en que es menester proceder a la liquidación del patrimonio de la entidad. En estos casos, las personas jurídicas no mueren en el instante en que interviene la causa extintiva, sino que solamente, desde ese instante, se modifica su objeto: la entidad se transforma en un ente en liquidación y asume su nombre. Desde ese instante preciso se dedica única y exclusivamente a agotar, concluir, las

relaciones jurídicas pendientes y a producir la conversión de los bienes en dinero para el pago de los acreedores. En todos estos casos, la personalidad jurídica sólo se extingue consumada la etapa de liquidación.

Esta última conclusión ha sido discutida en Chile, para el caso de las sociedades civiles, ya que a su respecto rige el artículo 2.115 del Código Civil que expresa: Disuelta la sociedad se procederá a la división de los objetos que componen su haber. Las reglas relativas a la partición de los bienes hereditarios y a las obligaciones entre los co-herederos, se aplican al caudal social y a las obligaciones entre los miembros de la sociedad disuelta, salvo en cuanto se opongan a las disposiciones de este título.

Ahora bien, de la disposición transcrita se ha pretendido que la disolución de la entidad trae, *ipso jure* la transformación de la sociedad en una comunidad en la cual los socios son copropietarios indivisos y al mismo tiempo la extinción de la personalidad civil y de la razón social[432].

La Corte Suprema, sin embargo, en sentencia de fecha 20 de diciembre de 1956[433] ha sentado otra doctrina. En efecto, en el caso de una sociedad de responsabilidad limitada constituida para la explotación de un predio agrícola ha señalado que "la sociedad que se disuelve por vencimiento del plazo no desaparece: sigue subsistiendo su personalidad jurídica hasta su total extinción".

Dicha sentencia agrega que la disolución no produce entre los socios una comunidad sobre los bienes sociales, ya que éstos pertenecen en dominio a la sociedad.

Estamos en completo acuerdo con la sentencia antes transcrita. En efecto, el artículo 2.115 del Código Civil se refiere, única y exclusivamente, a las reglas que se deben aplicar para la división de los objetos que componen el haber de la sociedad, esto es, para distribuir el caudal social entre los socios. Pero esta operación supone, ciertamente, haber liquidado ya la sociedad, esto es, supone que las acreencias de los terceros para con la compañía se han extinguido. En este sentido, resulta obvio que, después de liquidada la sociedad se extinga su personalidad y resulta obvio, también, que los bienes que resten a esa operación se posean en comunidad entre los socios y que se distribuyan conforme a las reglas de la participación de bienes. Pero lo anterior no significa, en manera alguna, que durante el proceso de liquidación de la sociedad ésta haya perdido su personalidad jurídica.

312. EXTINCIÓN EN LAS CORPORACIONES Y FUNDACIONES

La teoría clásica de la ficción enseña que, como el Estado es el único que tiene derecho a crear a la persona jurídica, sólo él puede destruirla. De lo que se

432 Corte de Talca, 13 de julio de 1914, G. 1914, julio-agosto N° 367, p.1033; Corte de Talca, 24 de marzo de 1925, G. 1925, 1er. Semestre, N° 91, p. 616.

433 Corte Suprema, 20 de diciembre de 1956, Rev. Tomo 54, sec. 1, pág. 167.

concluye que no existe la posibilidad de una disolución voluntaria, de una renuncia a la personalidad jurídica.

Y por este mismo motivo, la teoría de la ficción postula, también, que aunque todos los elementos del sustrato hayan desaparecido, el Estado puede siempre mantener la vida de la corporación o de la fundación de beneficencia pública.

Ahora bien, el código civil sigue en esta materia, casi en términos explícitos, los postulados de la teoría de la ficción antes mencionados.

En efecto de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 559 del Código Civil, "las corporaciones no pueden disolverse por sí mismas, sin la aprobación de la autoridad que legitimó su existencia. Pero pueden ser disueltas por ellas, o por disposición de la ley, a pesar de la voluntad de sus miembros, si llegan a comprometer la seguridad de los intereses del Estado, o no corresponden al objeto de su institución".

En otras palabras, los miembros de la corporación no pueden decidir sobre la extinción de la corporación misma. Esa facultad sólo la tiene el Estado que fue el único ente que pudo decidir sobre su existencia.

Sin embargo, ni el Estado ni el orden jurídico pueden obrar arbitrariamente. La parte final del artículo 559 del Código Civil establece, precisamente, dos causales por las cuales el orden jurídico o la autoridad administrativa pueden disolver las corporaciones o fundaciones ya creadas. Estas causales son:

a) Cuando la corporación o fundación comprometa la seguridad o los intereses del Estado; y

b) Cuando no corresponda al objeto de la institución.

El artículo 25 del Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica ha reglamentado más detalladamente la disposición del Código Civil en comentario. En efecto, el citado artículo establece que "el Presidente de la República podrá cancelar la personalidad jurídica a una corporación (o fundación) en el momento en que la estime contraria a las leyes, al orden público o a las buenas costumbres, o no cumpla con los fines a la que fue constituida o incurra en infracciones graves a sus estatutos. No obstante, podrá dejarse sin efecto esa medida si se probare, dentro de los tres meses siguientes, que fue producto de un error de hecho.

La corporación tampoco se extingue por sí misma cuando se haya destruido íntegramente su sustrato, esto es, cuando hayan perecido todos los miembros de la corporación y los estatutos no hubieren prevenido el modo de integrarla o renovarla en tales casos.

El art. 560 del Código Civil establece que "si por muerte u otros accidentes quedan reducidos los miembros de una corporación a tan corto número que no puedan ya cumplir los objetos para que fue instituida, o si faltan todos ellos, y los estatutos no hubieren prevenido el modo de integrarla o renovarla en estos casos, corresponderá a la autoridad que legitimó su existencia dictar la forma en que haya de efectuarse la integración o renovación".

En lo que se refiere a las fundaciones rigen iguales principios a los

precedentemente expuestos. Sin embargo, la fundación perece, por el solo ministerio de la ley, por la destrucción de los bienes destinados a su mantención (art. 564 del Código Civil).

313. DESTINO DE LOS BIENES DE LAS CORPORACIONES Y FUNDACIONES EXTINGUIDAS

La teoría de la ficción sostiene que los bienes de las personas jurídicas extinguidas pasan a pertenecer al Estado, por cuanto todos los cuerpos morales son órganos del Estado que ha confiado a ellos un servicio público; por lo que, suprimido el ente, los bienes retornan al Estado y por consiguiente quedan a la disposición de la Nación.

Nuestro Código Civil siguió, en parte, los principios mencionados. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 561 del Código Civil "disuelta una corporación, se dispondrá de sus propiedades en la forma que para este caso hubieren prescrito sus estatutos; y si en ellos no se hubiere previsto este caso, pertenecerán dichas propiedades al Estado, con la obligación de emplearlas en objetos análogos a los de la institución. Tocará al Presidente de la República señalarlos.

De modo que se deben distinguir dos casos: Si los estatutos de la corporación o fundación hubieren establecido el destino que debe dárseles a los bienes, una vez que ésta se extingue, deberá estarse a este destino y el Presidente de la República no podrá intervenir en esta materia. Si por el contrario, los estatutos nada hubieren dicho sobre el particular, los bienes pasan a propiedad del Estado, pero éste no podrá emplearlos en objetos distintos a los que la persona jurídica tenía previstos como fin, correspondiendo al Presidente de la República señalar en definitiva cuáles son esos fines.

AUTORES CITADOS Y BIBLIOGRAFÍA

1. **ABELENDA, César Augusto**: "Derecho Civil, Parte General", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980.
2. **ALESSANDRI, Arturo**: "Tratado Práctico de las Capitulaciones Matrimoniales", Editorial Nascimento, Santiago, 1936.
3. **ALESSANDRI, Arturo**: "De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno", Editorial Universitaria, Santiago, 1943.
4. **ALESSANDRI BESA, Arturo**: "De la Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno", Ediar Editores S.A., Segunda Edición, Santiago.
5. **ALSINA, Hugo**: "Tratado Teórico y Práctico de Derecho Procesal, Civil y Comercial", Tomo II, Editorial Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941.
6. **ASCARELLI, Tulio**: "Sociedades y Asociaciones Comerciales", Ediar S.A., Editores, Buenos Aires, 1947.
7. **BARASSI, Ludovico**: "Instituciones de Derecho Civil", Tomo I, Cuarta Edición, Editorial Bosch, Barcelona.
8. **BAEZA, Sergio**: "Sociedades Mercantiles de Personas, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977.
9. **BIONDI, Biondo** "Los Bienes", Editorial Bosch, Barcelona, 1961.
10. **BORDA**: "Tratado de Derecho Civil Argentino", Tomo I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1959.
11. **BRUNETTI**: "Tratado del Derecho de las Sociedades", Tomo III, Unión Tipográfica, Editorial Hispano Americana, Buenos Aires, 1960.
12. **BUSTAMANTE, Luis**: "El Patrimonio. Dogmática Jurídica", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979.
13. **CLARO SOLAR, Luis**: "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979.

14. **CASTAN TOBEÑAS, José**: "Derecho Civil Español, Común y Foral", Tomo I, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955.

15. **CLEMENTE DE DIEGO, Felipe**: "Instituciones de Derecho Civil Español", Madrid, 1959.

16. **COUSIÑO MAC IVER, Luis**: "Manual de Medicina Legal", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975.

17. **DE SOLA CAÑIZARES, Felipe**: "Tratado de Derecho Comercial Comparado", Tomo III, Editorial Montaner y Simón S.A., Barcelona, 1963.

18. **DEL RÍO, Raimundo**: "Elementos de Derecho Penal", III, Editorial Nascimento, Santiago, 1936.

19. **DUNKER**: "Nacionalidad de las Personas Jurídicas", Artículo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 42.

20. **ENNECCERUS, Ludwig**: "Derecho Civil, Parte General", Editorial Bosch, Buenos Aires, 1948, tomo I.

21. **FERRARA, Francisco**: "Teoría de la Persona jurídica", Editorial Bosch, Barcelona, 1943.

22. **FERRARA, Francisco**: "La Simulación en los Negocios Jurídicos", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1961.

23. **FERRARA, Francisco** (Hijo): "Sociedades y Empresarios", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

24. **GALECIO, Rubén**: "Ensayo de una Teoría de los Derechos Eventuales", Editorial Nascimento, Santiago.

25. **GATTI, Hugo**: "Personas I", Editorial Acalli, Montevideo, 1977.

26. **GUZMÁN Y MILLÁN**: "Curso de Derecho Internacional Privado", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1973.

27. **JOSSERAND, Luis**: "Derecho Civil", Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1959.

28. **KELSEN, Hans**: "Teoría Pura del Derecho", Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 1960.

29. **KELSEN, Hans**: "Teoría General del Estado", Editora Nacional, México, 1965.

30. **LABATUT, Gustavo**: "Manual de Derecho Penal", Santiago, 1948.

31. **LEGAZ Y LACAMBRA, Luis**: "Introducción a la Ciencia del Derecho", Editorial Bosch, Barcelona, 1943.

32. **LEHMANN, Heinrich**: "Tratado de Derecho Civil", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.

33. **LEÓN, Avelino**: "La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos", Editorial Jurídica de Chile, 1963.

34. **MAZEAUD, Jean** y **Henri León**: "Lecciones de Derecho Civil", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.

35. **MAZEAUD-TUNK, Henri León** y **André**: "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963.

36. **MESSINEO, Francisco**: "Manual de Derecho Civil y Comercial", Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

37. **NOVOA, Eduardo**: "Derecho a la Vida Privada y Libertad de Información", Siglo Veintiuno Editores S.A., México, 1979.

38. **ORGAZ, Alfredo**: "Personas Individuales", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1946.

39. **PALMA, Gabriel**: "Derecho Comercial", Editorial Nascimento, Santiago, 1941.

40. **PEDROL, Antonio**: "La Anónima Actual y la Sindicación de Acciones", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

41. **PESCIO, Victorio**: "Manual de Derecho Civil", Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

42. **PINTO, Humberto**: "Curso básico de derecho civil", Tomo II, Editorial Andrés Bello, Santiago, 1972.

43. **POLO, Eduardo**: "Reflexiones sobre el Régimen de Quórums y Mayorías en los Órganos Colegiados de las Sociedades Anónimas", Artículo publicado en la Revista de Derecho Mercantil, año 1973, números 128 y 129.

44. **PUIG PEÑA**: "Tratado de Derecho Civil Español", Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

45. **RADBRUCH, Gustavo**: "Filosofía del Derecho", Editorial Revista de Derecho Privado, Cuarta Edición, 1959.

46. **RIPERT, Georges**: "Tratado Elemental de Derecho Comercial", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954.

47. **RUBINO, Doménico**: "El Negocio Jurídico Indirecto", Editora Revista de Derecho Privado, Madrid.

48. **SALVAT, Raimundo**: "Tratado de Derecho Civil Argentino", Tomo II, Editora Depalma, Buenos Aires, Octava Edición, 1947.

49. **SAVIGNY, Federico Carlos**: "Sistemas del Derecho Romano Actual", F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1872.

50. **SANTORO PASSARELLI, Francesco**: "Doctrinas generales de Derecho civil", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.

51. **SERICK, Rolf**: "Apariencia y Realidad de las Sociedades Mercantiles"; Editorial Ariel, Barcelona, 1958.

52. **SOMARRIVA, Manuel**: "Derecho de Familia", Editorial Nascimento, Santiago, 1963.

53. **SORIA, Carlos**: "Derecho a la Información y Derecho a la Honra", A.T.E., Barcelona, 1981.

54. **STAMBLER, Rudol**: "Tratado de Filosofía del Derecho", Editorial Reus S.A., Primera Edición, 1930.

55. **STITCHKIN, David**: "Curso de Derecho Civil Profundizado. Teoría General del Patrimonio", Santiago, 1974.

56. **STITCHKIN, David**: "Derecho Civil. Apuntes de sus Clases", Tomo II, Parte General, 1960.

57. **VERGARA, Juan de Dios**: "Fraude a la Ley en el Derecho Privado Interno", Memoria de Prueba, 1958.

58. **VIDAL MARTÍNEZ, Jaime**: "La Protección de la Intimidad de la Persona en el Ordenamiento Positivo Español". Artículo en la Revista de derecho Privado, julio y agosto 1980.

59. **VODANOVIC, Antonio**: "Curso de Derecho Civil, Parte General y de los Sujetos de Derecho", Segunda Parte, Editorial Nascimento, Santiago.

60. **VON IHERING, Rudolf**: "El Espíritu del Derecho Romano", Tomo IV, Casa Editorial Bailly-Barilliere, Madrid, Quinta edición.

61. **VON THUR, Andreas**: "Derecho Civil, Teoría del Derecho Civil Alemán", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1946.

Los profesores Víctor Vial Del Río y Alberto Lyon Puelma son autores de la obra "Teoría General del Acto Jurídico y de las Personas", publicada en esta Editorial en 1985. Agotada la primera edición, los autores decidieron publicar nuevamente la obra, pero ahora dividida en dos volúmenes. Este constituye la segunda parte, que se denomina, "Teoría de la Personalidad", y de la que es autor Alberto Lyon Puelma, profesor adjunto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

El tema de este trabajo es la personalidad. No contiene, pues, lo que tradicionalmente se ha entendido que es propio al tema de las personas. Así, en lo que se refiere a la personalidad jurídica, se analizan los problemas que ésta engendra como institución del derecho, más que los que surgen en las corporaciones y fundaciones, las que sólo son tratadas con ocasión de dichas cuestiones y sólo como uno de los diferentes tipos de entidades legales existentes. Entre otros, los temas tratados son, entonces, el abuso de la forma de la persona jurídica; el proceso de formación de la voluntad colectiva; la naturaleza jurídica del voto y la de los acuerdos de los órganos colegiados; la forma de impugnar su validez o invocar su inoponibilidad; la estructura patrimonial de las personas jurídicas, su división, su fusión, etc. En otras palabras, se busca estructurar dentro de la ciencia jurídica materias que tradicionalmente han escapado al derecho de sociedades, porque se ha acentuado su carácter contractual por sobre el aspecto institucional que tiene la persona jurídica que nace con ocasión de dicho contrato.

En materia de personas naturales, se destina un capítulo especial a los "Derechos de la Personalidad", donde se tratan, entre otros, el honor, la intimidad, la integridad física y psíquica y la relacion que existe entre dichos derechos y el daño moral.



